

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MICHEL DE PAULA MACHADO**

**AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES:** uma forma de  
integração social dos negros.

**CURITIBA  
2005**

**MICHEL DE PAULA MACHADO**

**AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES:** uma forma de  
integração social dos negros.

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à conclusão do Curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof. Vera Karam de Chueri**

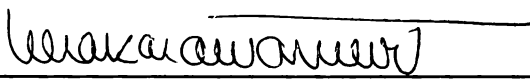
**CURITIBA  
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

**MICHEL DE P. MACHADO.**

**AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES, NA FORMA DE  
INTEGRAÇÃO SOCIAL DOS NEGROS.**

**Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:**

Orientadora:   
Professora Vera Karam de Chueiri

  
Professora *Marklea de Cunha Ferst*

  
Professor *Abili Lázaro Castro de Lima*

Curitiba, 09 de dezembro de 2005

## RESUMO

As ações afirmativas são políticas que devem, antes de qualquer discussão, ser tratadas dentro do âmbito da concepção da justiça. É nesse sentido que se vai fazer uma passagem rápida entre as concepções de justiça. Verificar-se-á que a justiça em seu caráter individual não pode ser considerada algo absoluto mais sim relativo. Somente num caráter social é que poderá considerar a justiça como algo absoluto, diante de determinada contingência, dentro de uma perspectiva deontológica. Por isso chega-se a estudar as teorias de Jonh Rawls, Michael Walzer e Jürgen Habermas, para que se possa entender, ao menos por cima, a concepção de justiça dentro do âmbito das ações afirmativas.

Estas são discriminações que não podem ser confundidas como sendo de índole negativa. Deve ser entendido como um instrumento que possui efeitos positivos, no sentido de integralizar os grupos discriminados dentro de uma sociedade que se diz democrática.

As ações afirmativas são justificadas principalmente pelo princípio da igualdade, no entanto, deve-se distinguir de qual concepção de igualdade refere-se.

Por fim se verificará que as ações afirmativas são políticas de índole privada ou pública com o objetivo de extinguir o estigma que assola os negros de forma que acabe com qualquer discriminação existente entre eles e os considerados de outra raça social. Sua melhor atuação será a produção de efeitos dentro das universidades, local que acaba orientando as ocupações dentro das posições sociais formando exemplos que resultará na extinção desse estigma.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>4</b>
<b>1 JUSTIÇA E DIFERENÇA DENTRO DE UMA SOCIEDADE COMPLEXA</b>	<b>6</b>
1.1 UM SENTIDO DE JUSTIÇA.	6
1.2 A JUSTIÇA DENTRO DE UM ASPECTO POLÍTICO ÉTICO.	9
1.2.1 JUSTIÇA POLÍTICA COMO NEUTRALIDADE ÉTICA	10
1.2.2 JUSTIÇA POLÍTICA COMO ETICIDADE	14
1.3 A JUSTIÇA POLÍTICA COMO DISCURSO EM HABERMAS	17
<b>2 DISCRIMINAÇÃO ILÍCITA</b>	<b>21</b>
2.1 DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO	21
2.2 TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO ILÍCITA	29
<b>3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DENTRO DE UMA CONCEPÇÃO LIBERAL DEMOCRÁTICA.</b>	<b>35</b>
3.1 PRINCÍPIOS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	35
3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: SEU ASPECTO FORMAL E MATERIAL E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DIANTE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	38
3.2.1 IGUALDADE FORMAL	39
3.2.2 IGUALDADE MATERIAL	42
3.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE X PRINCÍPIO DA LIBERDADE: AS AÇÕES AFIRMATIVAS SÃO JUSTAS? EM QUE SENTIDO PODE SER LÍCITA UMA DISCRIMINAÇÃO?	45
<b>4 AÇÃO AFIRMATIVA</b>	<b>49</b>
4.1 CONCEITO E OBJETIVO	49
4.2 AÇÕES AFIRMATIVAS NOS EUA E NO BRASIL	56
4.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROL DA INTEGRAÇÃO DAS PESSOAS NEGRAS NO ENSINO SUPERIOR.	60
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>66</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>72</b>

# **Ação Afirmativa nas universidades: uma forma de integração social dos negros**

## **Introdução**

Há uma grande falta de informação da população a respeito das cotas universitárias o que acaba criando certo repúdio, tendo como causa interpretações incorretas. Entretanto, viver numa sociedade democrática impõe que esta seja a mais justa possível. A situação atual demanda, por isto, uma intervenção estatal, mas que deve vir junto com a conscientização das pessoas a respeito dos fatores que levam a um tipo específico de política afirmativa.

O fim das tensões, que se poderia dizer, “raciais” é um avanço que deve ser almejado, contribuindo para que exista uma sociedade mais representativa tanto na política como nas demais posições sociais.

Essa idéia se espelha na dignidade das pessoas de terem iguais oportunidades de sucesso, permitindo uma maior mobilidade social, impedindo qualquer tipo de estratificação social. A não implantação de políticas de ação afirmativa significa manter o “*status quo*” de forma a manter a discriminação racial que já tem séculos de duração.

Os negros são pessoas que trazem uma carga estigmatizante construída no passado, de forma que são sempre vistos como pessoas inferiores - sendo realimentada a toda hora, pois é o que aparentemente vemos na realidade. Eles raramente são vistos em cargos de respeito o que acaba criando uma imagem de inferioridade. E se possuem estes cargos são vistos como algo anormal sendo também discriminados. Isto acaba criando um círculo vicioso que não tem como se libertar. O único caminho possível seria a implantação de políticas que abririam possibilidades às pessoas negras, de forma

bastante ampla, para que seja possível formar exemplos reais na sociedade transformando uma visão social virtual numa visão social real.

O objetivo do presente trabalho é defender a legitimação das ações afirmativas como meio apto e justo para atingir os objetivos contidos na Carta Constitucional de forma a implantar uma democracia qualificada - dentro de uma concepção social – como substancial ou real.

## 1 – Justiça e Diferença dentro de uma sociedade complexa

### 1.1 – Um sentido de Justiça.

Para que se possa entender o fundamento das ações afirmativas deve-se fazer um vôo panorâmico em conceitos e ter em mente que as pessoas vivem numa sociedade complexa, na qual existem interesses políticos, econômicos e sociais que estão sempre se contrapondo. Os indivíduos desta sociedade estão sempre se interagindo, o que torna necessário, diante desses interesses contrapostos, o apaziguamento social pelo meio possível que seja a justiça. É esta a âncora que legitima todos os produtos culturais desenvolvidos pelo homem e que mantém estruturalmente uma sociedade.<sup>1</sup>

Desta forma, esse trabalho iniciará com fundamentos na qual entra em cena o conceito de justiça. Mas o que é justiça? Primeiramente, pode se saber intuitivamente que ela é o que buscamos ou que gostaríamos que nos rodeasse sempre nos atos da vida. Segundo, ela só existe numa perspectiva bilateral, ou seja, é somente observável dentro de uma relação social. Mas será que é possível defini-la?

Muitos autores trabalharam buscando o significado de justiça, um desses foi Hans Kelsen que teve o grande mérito de considerar a justiça como algo relativo e não absoluto.<sup>2</sup>

Kelsen descreve que “Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”.<sup>3</sup> Antes de entendermos esse conceito deve ser feita uma pergunta: Será que a minha felicidade é a sua felicidade? Kelsen já sabia que a felicidade ou qualquer tipo de valor diferenciava de pessoa a pessoa, pois os interesses dessas também diferenciavam. E deste

---

<sup>1</sup> Dentro do contexto e defendendo um pluralismo relativo diz Otfried Höffe: “Como a solução dos conflitos entre os homens não está assegurada instintivamente, existe o perigo de uma autodestruição coletiva. Para eliminar este perigo e, ao mesmo tempo, não cair num cru darwinismo social – que faz os débeis mais débeis e os vitais e decididos mais fortes – se requerem obrigatoriamente gerais que garantissem um tratamento humano e justo dos conflitos” (HÖFFE, Otfried. *Estúdios sobre teoria del derecho y la justicia*. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 141, tradução nossa).

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *O QUE É JUSTIÇA?* São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.25.

<sup>3</sup> Idem., p.2.



modo, sabia, também, que uma sociedade justa seria impossível de ser sustentada se fosse considerado a felicidade como algo individual, ou melhor, que seria impossível que uma sociedade garantisse a felicidade de todas as pessoas: “A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo-individual.”<sup>4</sup> Ele explica que a felicidade deve ser entendida como *categoria social*: “Do mesmo modo, o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em uma ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados.”<sup>5</sup>

Esta teoria de Kelsen está de acordo com a ética da virtude na qual Aristóteles vai basear suas idéias de justiça. Este tenta fornecer uma idéia de justiça que crie uma situação de convivência estável, organizada e pacífica dentro de uma sociedade complexa. É o que Aristóteles denomina de justiça da cidade, ou que pode ser traduzida por justiça política.

Aristóteles consolida uma teoria de justiça a partir da ética<sup>6</sup>, ou seja, a partir da razão prática<sup>7</sup>, de modo que a localiza na *mesótes*<sup>8</sup> entre dois pólos opostos. No meio estaria a virtude<sup>9</sup> de determinada pessoa<sup>10</sup> que no contexto é a sua justiça. Um dos pólos estaria a injustiça por excesso e no outro estaria a injustiça por carência. Por conseguinte, as pessoas ao

---

<sup>4</sup> Idem., p.3.

<sup>5</sup> Idem., p.4.

<sup>6</sup> Hábito em grego: (*éthos*).

<sup>7</sup> Cf. Eduardo Bittar a respeito da teoria aristotélica: “A peculiaridade do estudo ético reside no fato de que os juízos baseados em leis fixas não lhe são aplicáveis, como ocorre, por exemplo, com o conhecimento matemático, as quais asseguram a obtenção de resultados constantes. Então, o estudo ético está marcado por este tipo de preocupação: definir sem constranger com conceitos, pois fica sempre aberta uma margem de variabilidade que torna a principiologia ética flexível de indivíduo a indivíduo.” (BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça*: Apontamentos para a História da Filosofia do Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 36).

<sup>8</sup> O justo meio.

<sup>9</sup> Cf. nota 14 extraída do livro de BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 37: “A virtude é também um estado da alma (como prazer), não uma habilidade; ela é uma qualidade da pessoa (*ethos*), assimilada por ensinamentos e práticas até se tornar um hábito (*ethos*).” (Voegelin, Plato and Aristote, 1957, p. 297, tradução nossa).

<sup>10</sup> Cf. Eduardo Bittar: “O conceito de justo meio (*mesótes*) não comporta de forma alguma uma compreensão genérica e indiferente às qualidades específicas dos indivíduos; é pelo contrário, sensível, dentro das ambições teóricas de Aristóteles, à dimensão individual.” (BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.36).

**agirem com justiça** – repetidamente - não estariam com algo de que não lhe pertenceria, nem **com falta de algo que lhe fosse pertencível**.<sup>11</sup>

A justiça política proposta por Aristóteles é dividida em duas: justiça legal e **justiça natural**. A justiça legal tem origem na vontade legislativa dos legisladores que devem **agir** com prudência tendo em vista o melhor para a comunidade.<sup>12</sup> Tem também origem nas **aplicações** das leis ou por atos administrativos que visam a discriminação de determinada **situação** em relação ao todo.<sup>13</sup> Por outro lado, existe a justiça natural que possui um grau de **universalidade** maior que a justiça legal.<sup>14</sup> Está centrada na racionalidade humana, ou seja, na **sua** natureza, sendo, portanto, independente da vontade legislativa. Ela é formada por **princípios** que servem para reorientar a produção legislativa, bem como, a sua aplicação.<sup>15</sup>

Já foi visto que Aristóteles desenvolve sua teoria através da ética, mas pode-se dizer que em alguns aspectos ele caminha por meio da deontologia. A justiça natural proposta por ele é concebido como quase universalmente absoluto, devendo ser diferente diante das diferentes contingências reais. Talvez essas contingências poderiam estar de acordo com as diversas formas de governo e de Estado vividas numa sociedade. Assim um governo democrático teria sua própria justiça natural, bem como um governo oligárquico teria outra **idéia** de justiça natural.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Idem., p.36-39.

<sup>12</sup> Idem., p.40.

<sup>13</sup> Idem., p.55.

<sup>14</sup> Não seria absoluto, pois a natureza está relacionada com a realidade que é contingente.

<sup>15</sup> Idem., p.54-60.

<sup>16</sup> Eduardo Bittar quando descreve a justiça distributiva de Aristóteles – justiça que impera entre uma relação de subordinação - diz que além do critério de avaliação subjetiva feita de acordo com o mérito da pessoa existe outro: “Assim, a liberdade é para o governo democrático o ponto fundamental de organização do poder (todos acendem ao poder e aos cargos públicos, indistintamente), da mesma forma que para a oligarquia o é a riqueza (somente os ricos acendem ao poder e aos cargos públicos), ou mesmo o nascimento (somente os ricos acendem ao poder e aos cargos públicos), ou mesmo o nascimento (somente os eupátridas e membros de certas famílias acendem ao poder e aos cargos públicos) e para a aristocracia, a virtude (somente os virtuosos acendem ao poder a aos cargos públicos)”.(Idem., p. 44).

## 1.2 – A justiça dentro de um aspecto político ético.

Dentro da deontologia existem vários autores que tentam teorizar uma concepção de justiça. Estas concepções são sempre baseadas em normas morais e jurídicas universais.

Na concepção kantiana a justiça seria a correspondência entre comportamento e uma lei moral. É por meio dos imperativos categóricos, fórmulas de universalização, que Kant formula a noção de lei moral: “aja somente de acordo com a máxima que você possa desejar que se transforme em lei geral.”<sup>17</sup> A máxima seria, assim, uma norma de conduta subjetiva, na qual se tornaria lei se válida para todos.

Ele parte do pressuposto de que nossas ações são livres desde que seja motivada pela própria Razão, onde se encontrariam as normas de conduta que as orientariam<sup>18</sup>. Rousseau já dizia que é “(...) a liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estatuiu a si mesma é liberdade”.<sup>19</sup> Todas essas idéias vão levar a implantação do Liberalismo, na qual a liberdade seria o instrumento para que se possa atingir a moral, orientadora de nossas ações. Logo se pode dizer que Kant baseia suas idéias tendo em vista um Estado Liberal que promova a imparcialidade.

O direito existiria para harmonizar as liberdades individuais, pois essas são ameaçadas no Estado Natural. A passagem para o Estado civil iria preservar as liberdades das pessoas entre si de forma que o direito seria a máxima universal, sendo, deste modo, válido para todos.

Considera-se, nesta teoria, todos os indivíduos como seres iguais, pois como assegura Marcelo Gallupo, no mesmo sentido de Habermas: “Se a universalização é condição de existência legítima de um dever, e se a universalização implica a imparcialidade, quer dizer

---

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. op. cit., p.19.

<sup>18</sup> GALUPPO, Marcelo C. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.78.

<sup>19</sup> Idem., p.80.

**que** cada ser humano deve considerar-se igual a qualquer outro ser racional, no que concerne **a** direitos e deveres. Então, a igualdade é condição da própria moral e do próprio direitos modernos, (...).”<sup>20</sup>

### 1.2.1 – Justiça política como neutralidade ética.

Já o americano John Rawls, seguindo o pensamento de Kant e a teoria contratualista, promove uma justiça como equidade<sup>21</sup>, dentro de um âmbito democrático<sup>22</sup>, **que** se baseia em dois princípios fundamentais: 1º “Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e nesse projeto, as liberdade políticas, e somente estas, **deverão** ter seu valor equitativo garantido”; 2º “As desigualdades sociais e econômicas devem **satisfazer** dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas as posições e cargos abertos a todos, em condição de igual oportunidades, e segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.”<sup>23</sup> O primeiro princípio estaria ligado à liberdade, já o segundo estaria ligado à igualdade. Este seria o princípio corretivo do primeiro princípio garantindo a integração social das pessoas que fazem parte dela, mas que possuem uma desigualdade natural frente às outras.<sup>24</sup> Nesse sentido: “Sendo impossível

<sup>20</sup> Idem., p.93.

<sup>21</sup> A equidade não é entendida de modo semelhante ao conceito aristotélico. A equidade em Aristóteles é aquela em que os juízes, ao aplicarem as leis ao caso concreto, a utilizam para chegar à justiça concreta, pois diante de vazio normativo ou uma abrangência legal não existe ou meio de fazer justiça em determinado caso concreto senão tornar os juízes legisladores. (BITTAR, Eduardo. C B. op.cit., p.61-63).

<sup>22</sup> BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.226.

<sup>23</sup> RAWLS, John. *LIBERALISMO POLÍTICO*. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000, p.47-48.

<sup>24</sup> Cf. Eduardo Bittar: “Assim, o primeiro princípio tem a ver com a fixação das liberdades básicas de todo pactuante, que devem ser iguais para todos: liberdade política, liberdade de expressão, de reunião, de consciência, de pensamento, de não ser preso arbitrariamente. Porém, o que se deve notar é que se trata de, quando da aderência ao pacto social, abdicar de direitos fundamentais”. “O segundo princípio (...) deve ser interpretado de acordo com a igualdade democrática. Assim, se o primeiro princípio reza que todos devem possuir um determinado benefício social, o segundo princípio cumprirá para que o acesso a este benefício social se dê de modo concreto”. Cf Kuhatas; Pettit; Rawls: *uma teoria da justiça e os seus críticos*, 1995. p.51: “o primeiro garante liberdades individuais (de expressão, de associação e de culto, entre outras); o segundo assegura que as desigualdades sociais e econômicas são distribuídas de modo a proporcionarem o maior benefício

erradicar a desigualdade entre pessoas, o sistema institucional deve prever mecanismos suficientes para o equilíbrio das deficiências e desigualdades, de modo que estes se voltem em benefícios para a própria sociedade.”<sup>25</sup>

A justiça é entendida por Rawls como justiça processual à teoria das instituições.<sup>26</sup> Seria uma justiça política voltada para idéia de que bastaria somente como pressuposto para as ações institucionais os dois princípios fundamentais propostos por ele, independentemente do resultado, para que se promova a justiça, comparando-se até com um jogo de azar.<sup>27</sup> Sua teoria parte do pressuposto que os homens e mulheres que agem em seus próprios interesses vão escolher, no contrato social, esses dois princípios.<sup>28</sup> Rawls usa a idéia hipotética de uma posição original onde as pessoas por serem racionais escolheriam esses princípios se tivessem naquela ocasião.<sup>29</sup> Daí a idéia de equidade, pois as pessoas cobertas por um “véu de ignorância”<sup>30</sup> em relação a conhecimentos específicos, estariam em pé de igualdade para que escolham os princípios de justiça que poderiam ser melhores para eles individualmente.<sup>31</sup>

Conforme descreve Eduardo Bittar:

Segundo Rawls esta concepção de justiça deve ser independente (*freestanding*) das diversas doutrinas compreensivas religiosas, filosóficas ou morais professadas pelos indivíduos em uma sociedade democrática. Daí, a idéia de “justiça como imparcialidade”, que, segundo ele, se situa exclusivamente no domínio do “político”. Rawls emprega o termo “político” por oposição ao “metafísico”, e afirma que sua concepção

---

possível aos menos favorecidos da sociedade, embora mantendo uma eqüitativa igualdade de oportunidades” (BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.215).

<sup>25</sup> Idem., p.215.

<sup>26</sup> Idem., p.214.

<sup>27</sup> Idem., p.213-215.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.233.

<sup>29</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.99.

<sup>30</sup> Expressão usada por Rawls ao se referir que as pessoas não possuiriam conhecimentos específicos de suas situações. (BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.215).

<sup>31</sup> BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.225.

política de justiça é neutra em relação às diversas visões compreensivas acerca da vida digna.<sup>32</sup>

Gisele Cittadino nos mostra acima que a justiça baseada por Rawls é neutra, pois **se** sabe que numa sociedade plural<sup>33</sup>, as pessoas teriam concepções éticas diferentes do que é *bom* ou de justiça. Disso resulta a idéia de justiça de Rawls, considerando que na posição **original** as pessoas por estarem livres de qualquer interesse ou coerção<sup>34</sup> (“véu da ignorância”) **escolheriam** esses princípios, por meio de um “contrato”.

Esse “véu da ignorância” seria retirado gradativamente sendo produzidos a partir disso as normas e políticas de bem-estar social. Todas as instituições que seguissem os princípios trazidos acima trariam estabilidade organizacional à sociedade.<sup>35</sup> Esta estabilidade faria com que as pessoas adquirissem a vontade de manter esta estabilidade afastando qualquer possibilidade de injustiça.

Rawls entende que esta concepção política<sup>36</sup> de justiça (justiça como imparcialidade) pode ser compartilhada por cidadãos, livres, iguais, que se encontram separados por diferentes concepções sobre o que é *bom*. Desta forma, se poderia questionar como que uma sociedade heterogênea poderia ser sustentada. A sustentação de uma sociedade plural, conforme Rawls, estaria centrada na capacidade das pessoas de ter um senso de justiça, ou seja, “a capacidade de entender, de aplicar e de agir segundo a concepção pública de

<sup>32</sup> Idem., p.81.

<sup>33</sup> Gisele Cittadino descreve o que seja o pluralismo: “A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar consenso em meio a heterogeneidade, do conflito e da diferença.” (CITTADINO, Gisele. op. cit., p.78).

<sup>34</sup> Idéia kantiana, demonstrado por Marcelo Galuppo: “Se a causa da ação for o desejo de felicidade ou o receio da coação, a ação será tida por livre (porque a Razão não será a causa da sua própria ação).” (GALUPPO, Marcelo C. *Igualdade e Diferença*: Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.79).

<sup>35</sup> Rawls entende que as instituições também poderiam errar, e por isso, cabia as pessoas uma desobediência de caráter político para pressionar uma mudança política. (BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 221).

<sup>36</sup> Cf. Gisele Cittadino: “Como assinalamos anteriormente a expressão “político” é inicialmente empregada por oposição à “metafísica”, e o objetivo de Rawls é atribuir ao primeiro termo um sentido de independência e neutralidade em relação às visões acerca de vida digna. O segundo sentido do termo “político” agora claramente se opõe à questão da “verdade” e se identifica com a idéia de “razoável””. (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.78).

justiça que caracteriza os termos equitativos de cooperação social”.<sup>37</sup> Esta concepção pública de justiça<sup>38</sup> se torna visível após a justificação da concepção política de justiça. E essa justificação ocorre quando o denominado “consenso justaposto” se verifica, ou seja, quando os cidadãos razoáveis<sup>39</sup> aceitam e publicamente justificam a concepção política de justiça, associando-a às suas diversas visões razoáveis acerca do que é *bom*.<sup>40</sup> Não se trata de um acordo político, como veremos em Habermas, mas somente um tipo de processo:

(...) processo de observação mútua, através do qual cada cidadão leva em consideração os demais, reconhecendo que eles possuem doutrinas compreensivas razoáveis que subscrevem esta concepção política de justiça. Nas palavras de Rawls, ‘quando os cidadãos reconhecem que eles afirmam a mesma concepção pública de justiça, eles obtêm um amplo e geral equilíbrio reflexivo. Este equilíbrio reflexivo é amplamente intersubjetivo, isto é, cada cidadão leva em consideração o raciocínio e os argumentos de todos os outros cidadãos’.<sup>41</sup>

Dworkin não concorda com a posição original no sentido de justificação dos dois princípios propostos por Rawls. Entende que o auto-interesse antecedente dos homens na posição original seria diferente no presente e, desta forma, ele justifica dando um exemplo prático: “Um juízo de interesse antecedente depende das circunstâncias nas quais é feito e, em particular, do conhecimento disponível àquele que julga. Poderia ser de meu interesse antecedente apostar, com certa probabilidade de ganhar, em um determinado cavalo antes do tiro de partida, mas não, pelo menos com a mesma probabilidade, depois que ele tiver

<sup>37</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de cultura econômica, 1995, p.42-43. (Apud CITTADINO, Gisele. op. cit., p. 81).

<sup>38</sup> É obtida quando a sociedade está efetivamente regulada por princípios públicos de justiça. Rawls, neste caso, está se remetendo a idéia intuitiva de sociedade bem ordenada, na qual os cidadãos aceitam estes princípios e acreditam que os demais também aceitarão. (CITTADINO, Gisele. op. cit., p.102).

<sup>39</sup> Pessoas que possuem valores diversos do que é *bom*.

<sup>40</sup> CITTADINO, Gisele. op. cit., p.103.

<sup>41</sup> Idem., p.104.

tropeçado na primeira volta.”<sup>42</sup> Ele compreende que os únicos interesses disponíveis de escolha são: a liberdade geral<sup>43</sup> e a igualdade de ser tratado com igual respeito e consideração.<sup>44</sup> Seria uma crítica pelo artificialismo empregado por Rawls para tentar justificar os seus dois princípios fundamentais e desse modo re-fundamentar as bases das instituições.<sup>45</sup>

No que concerne à elaboração, a teoria de Rawls veio combater o utilitarismo, cuja idéia era de que a sociedade estaria ordenada se esta promovesse o maior saldo positivo de satisfação dos interesses dos indivíduos que pertencem a ela.<sup>46</sup> Essa era a idéia de Jeremy Bentham, cuja crença era de que as decisões políticas deveriam ser desse modo regidas.<sup>47</sup>

O grande problema do utilitarismo, observado por Rawls, era que este modelo poderia violar os direitos das pessoas, ou melhor, que aceitaria o chamado princípio do sacrifício em prol de satisfazer uma maioria. Isso acabaria significando, também, a possibilidade de discriminar e sub-julgar os outros.<sup>48</sup>

### 1.2.2 – Justiça política como eticidade.

Em um movimento ao contrário da teoria de justiça política proposto por Rawls, surge a teoria de Michael Walzer tendo como fundamento as concepções comunitaristas de Charles Taylor. No entanto poderemos introduzir essa teoria dizendo que aqui se considera o

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.239.

<sup>43</sup> Cf. Dworkin: “As partes envolvidas na posição original certamente têm, e sabem que têm, um interesse pela liberdade geral, porque esta liberdade geral irá fortalecer, *pro tanto*, sua capacidade de alcançar quaisquer metas particulares que posteriormente descubram ter”. (Idem., p.277).

<sup>44</sup> Cf. Dworkin: “O estado de ignorância na posição original está configurado de tal modo que o interesse antecedente de todos deve residir, como afirmei, na mesma solução. O direito de cada homem de ser tratado com igualdade a despeito de sua pessoa, seu caráter ou seus gostos é reforçado pelo fato de que ninguém mais pode garantir-se uma posição melhor em virtude de ser diferente em qualquer desses aspectos”. (Idem., p.278).

<sup>45</sup> BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.224-225.

<sup>46</sup> BONELLA, Alcino Eduardo. Justiça como Equidade e Utilitarismo. *Revista Educação & Filosofia*. Uberlândia: v. 12, n. 23, jan./jun. 1998.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.359.

<sup>48</sup> BONELLA, Alcino Eduardo. op. cit.



pluralismo não somente como muitos significados a respeito do que é *bom*, mas também como variedades de identidades sociais com seu específico valor cultural. Cada grupo de pessoas, dentro de uma comunidade política, deveria ser reconhecido para não ficar subordinado ao que é *bom* para as maiorias.<sup>49</sup> Deste modo percebe-se que Walzer não acredita na neutralidade política e sim que a comunidade política liberal seria controlada por uma maioria que tentaria injetar seus valores culturais nos grupos minoritários. Sua teoria dá mais apreço aos valores políticos comunitários do que aos direitos individuais ao ponto de defender uma sociedade de castas, fruto dos valores de determinado povo.

Dentro de sua teoria, os grupos comunitários deveriam deliberar e entrar em consenso formando o acordo político em relação a quais valores deveriam ser buscados socialmente, de modo que cada grupo comunitário possa se desenvolver conforme sua própria cultura determina.

Usando a “Política de Reconhecimento” de Charles Taylor<sup>50</sup> ele irá descrever a justiça – como igualdade complexa - como sendo (ao contrário de Rawls) algo relativo. Partindo do conceito de tolerância a justiça seria aquilo que as pessoas propõem que sejam em uma comunidade política. Conforme Gisele Cittadino, Walzer “(...) formula uma teoria da justiça<sup>51</sup> segundo a qual diferentes bens sociais devem ser distribuídos por razões igualmente diferentes, através de procedimentos e agentes distintos”.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Cf. Steven C Rockefeller no comentário da política de reconhecimento de Taylor: “(...) muitos multiculturalistas de hoje desafiam a idéia de que o liberalismo pode ser neutral relativamente às concepções de vida boa, argumentando que este reflete uma cultura anglo-americana regional e que tem um efeito homogeneizador.” (ROCKEFELER, Steven C. Comentário. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.108).

<sup>50</sup> Ver capítulo II.

<sup>51</sup> Cf. Gisele Cittadino: “Podemos, segundo Walzer designar como justa a sociedade que distribui os seus bens de acordo com estas significações compartilhadas”. (CITTADINO, Gisele. op. cit, p.123).

<sup>52</sup> Idem., p.122.

Para ele a igualdade das pessoas não estaria no fato de as pessoas serem racionais, como está defendido em Kant e Rawls, mas que a igualdade estaria no fato de que as pessoas são humanamente diferentes.<sup>53</sup>

Do mesmo modo, por serem os indivíduos diferentes, a sociedade possui dentro dela comunidades ou grupos diferentes. Cada comunidade ou grupo teria o seu próprio sistema de valores sendo, os indivíduos que os compõem, um produto cultural deles. Nesse sentido afirma Gisele Cittadino: “Precisamente porque os sujeitos primários dos valores são as comunidades históricas específicas – e a correção destes valores é resultado exclusivo de sua efetiva aceitação – os indivíduos estão integralmente vinculados às culturas que eles criam e compartilham.”<sup>54</sup>

Diante desse fator, essas comunidades privadas ou grupos coletivos buscarão seu reconhecimento diante da sociedade no receio de perda de seus próprios valores e da liberdade de segui-los. E é por isso que Walzer propõe que sejamos tolerantes com as diferenças. Não somente no sentido moral, mas, principalmente, no sentido político.

Nesse sentido, por existir, em cada indivíduo e em cada grupo, diferentes significados de bens sociais (educação, riqueza, saúde, fama, política...), bem como a forma de sua melhor distribuição, seria necessário uma participação daqueles num processo deliberativo sobre cada bem, na qual chegariam parcialmente a esses significados e suas distribuições. Cada bem, no final, teria a sua esfera de justiça na distribuição destes, sendo possível o monopólio de bens sociais.<sup>55</sup> O que não era justo era que determinada esfera fosse

---

<sup>53</sup> Cf. Charles Taylor: “No caso da política da diferença, podemos também afirmar que se baseia num potencial universal, nomeadamente, o potencial para formar e definir a própria identidade de cada pessoa, como indivíduo e como uma cultura”. (TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.62).

<sup>54</sup> CITTADINO, Gisele. op. cit., p.86.

<sup>55</sup> Cf. Gisele Cittadino citando junto um trecho de Stephen Mulhal & Adam Swift. *Liberals & Communitarians*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996, p.140-141: “Ainda que a desigualdade absoluta possa desagradar alguns – os significados sociais não precisam ser inteiramente harmônicos – ‘desde que eles sejam genuinamente compartilhados, (...) nós podemos afirmar que uma forte distribuição desigual de bens (...) é justa’”. (Idem., p.123)

invadida por outra esfera.<sup>56</sup> Nesse sentido, por exemplo, adotando como critério de distribuição da educação a capacidade intelectual, seria justo que os mais inteligentes passassem no vestibular, mas não seria justo que alguém por ter mais dinheiro compre uma vaga para ele no vestibular de alguma universidade.<sup>57</sup>

### 1.3 – A Justiça política como discurso em Habermas.

Por fim cabe falar-se da teoria de Habermas para posteriores conclusões a respeito da justiça em relação às políticas de discriminação positiva.

A teoria de Habermans é baseada na Filosofia da Linguagem.<sup>58</sup> Nessa acepção é por meio da comunicação que chegamos a um acordo entre significado e significante, ou melhor, a uma regra no sentido de ser válido para todos, como é o caso de uma interpretação do semáforo de trânsito.<sup>59</sup>

Numa sociedade plural, como visto acima, existem vários grupos sociais que possuem concepções éticas<sup>60</sup> e morais diferentes. O papel da linguagem é possibilitar a cooperação destes em prol da sociedade, bastando perceber a impossibilidade das pessoas interagirem de acordo sem se comunicarem.

---

<sup>56</sup> Para Marcelo Neves, seguindo ensinamentos de Luhmman, essas esferas seriam sistemas discursivos que possuiriam seus próprios códigos binários. Assim na educação existiria o código inteligência/não inteligência e na economia existira o código ter/não ter. (NEVES, Marcelo. *Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa*. In: SOUZA, Jessé. (Org.). *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001, p. 329-363).

<sup>57</sup> Cf. Gisele Cittadino: “Walzer supõe que no interior das esferas os indivíduos e grupos, através de um processo deliberativo, definem, ainda que parcialmente, os significados dos bens e os mecanismos apropriados para a sua distribuição, ao mesmo tempo em que lutam para manter a integridade desta esfera contra qualquer tipo de intervenção externa”. (CITTADINO, Gisele.op. cit., p.127).

<sup>58</sup> Segundo “Habermans, a linguagem é o mecanismo que assume, dentre outras, a função de produzir a integração social, uma vez que é o único meio apto para coordenar, de maneira estável e legítima, os planos individuais de ação” (GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.117).

<sup>59</sup> A linguagem, assim, diminuiria os riscos diante da contingência, criando expectativas. (LUHMMAN, Niklas. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.42-53).

<sup>60</sup> Cf. Habermas a respeito de ética: “Por «ética» quero dizer todas as questões relacionadas com as concepções de vida boa, ou uma vida que não é esbanjada”. (HABERMAS, Jürgen. *Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional*. In: Taylor, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.140).

A forma justa para assegurar a integração seria o “agir comunicativo”, na qual as pessoas discutiriam para chegar a um consenso. No caso das normas, o discurso tinha como fim a “norma correta”<sup>61</sup>, e esta seria obtida pela “coação do melhor argumento”. Ou seja, quem pudesse melhor fundamentar seu argumento, no sentido de resistir às críticas dos outros argumentos, obteria o consenso. Entretanto este não seria absoluto, pois possível de variação de tempos em tempos.<sup>62</sup>

Tratando-se dos argumentos do discurso, Habermas parte de uma perspectiva deontológica, pois, de acordo com Marcelo Galuppo, nessa perspectiva, as ações são fundamentadas levando em conta a correção normativa, fundamento que é racional e universal - ao contrário da perspectiva teleológica, que tem como fundamento valores, ou melhor, uma racionalidade instrumental. A explicação, segundo Galuppo, é que “(...) quando argumentamos com base nos valores, estamos levando em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é bom para que determinada comunidade realize seus próprios fins” (Grifo nosso).<sup>63</sup>

É nessa idéia que Habermas vai produzir a idéia de justiça<sup>64</sup> como sendo um procedimento de exame das normas conforme a pretensão de validade, impossibilitando a

---

<sup>61</sup> Para Habermas, quando comunicamos levantamos três tipos de “pretensão de validade”: a de verdade (ligado ao mundo natural), de veracidade – também chamado de sinceridade - (ligado ao mundo subjetivo), e de correção normativa (ligado ao mundo intersubjetivo). Deste modo, as normas procuram ter pretensão de validade, ou seja, de correção normativa relacionado com a correspondência entre as normas e as soluções de conflitos práticos da realidade social. (GALUPPO, Marcelo. op. cit., p.118).

<sup>62</sup> O consenso de tempo em tempo varia. (GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.141).

<sup>63</sup> Idem., p.181.

<sup>64</sup> Cf. Habermas (apud GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p. 182): “nós devemos (sollen) obedecer a preceitos mais porque nós sabemos que são corretos, e não porque esperamos da realização desta ação determinados fins. [...] Questões de justiça dizem respeito às pretensões discutíveis em conflitos interpessoais. Nós podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. [...] Por esta razão, justiça não é um valor no meio de outros valores. Valores sempre concorrem com outros valores. Eles dizem quais bens pessoas ou coletividades específicas buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem transitiva. Pois enquanto os valores pretendem uma validade relativa, a justiça formula uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e qualquer pessoa” (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p.190).

opressão de grupos frente a outros.<sup>65</sup> O que ele pretende<sup>66</sup> é a sustentação de um estado de tolerância. Para isso, seria preciso preservar um número de direitos básicos - “Sistema de Direitos” - capazes de garantir a igualdade de participação nos discursos jurídicos e assim na produção do próprio direito. Com esse procedimento seria assegurada a atualização de direitos conforme as mudanças circunstanciais. Essa prática garantiria normas fundamentadas num discurso de justificação e de aplicação.<sup>67</sup>

Dessa forma, os grupos em busca de reconhecimento tentariam convencer os outros grupos, ou melhor, tentariam fundamentar melhor as suas razões dentro de um diálogo.

Habermas critica os comunitaristas, principalmente Charles Taylor, pois a idéia de sobrevivência cultural<sup>68</sup> formulado por este, “(...) iria roubar necessariamente aos membros a liberdade de dizer sim ou não que é necessária se querem apropriar-se e preservar a sua herança cultural”.<sup>69</sup>

É pelo direito que se vai buscar uma integração política de vários grupos e subculturas, que geraria como produto uma cultura política com valores próprios, e que assim, possa caminhar dentro de sua própria ética, devendo a interpretação das normas jurídicas ser conduzido por ela.<sup>70</sup> Isso é observado pela ligação existente entre direito e política. O direito

---

<sup>65</sup> Cf. Cittadino: “Ao contrário de Rawls, cuja teoria da justiça formula princípios substantivos, Habermas designa como modesto o seu propósito”. (CITTADINO, Gisele. op. cit., p.112). Segundo Habermas (apud CITTADINO, Gisele. op. cit., p.112) a dimensão formal da ética “não indica orientações de conteúdo, mas um processo: O Discurso prático (...) não é um processo para a geração de normas justificadas, mas sim o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente”. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.149).

<sup>66</sup> Cf. Habermas: “Nas sociedades multiculturais a coexistência de formas de vida com direitos iguais significa garantir a cada cidadão a oportunidade de crescer dentro do mundo de uma herança cultural, e garantir aos seus filhos crescerem nele sem sofrerem discriminação”. (HABERMAS, Jürgen. *Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional*. p.149).

<sup>67</sup> O discurso de aplicabilidade está de acordo com a teoria de Klaus Günther como noção de adequabilidade. Sendo a normas abstrata e precisando ser aplicada a uma situação concreta a forma de aplicação será conduzido por um discurso de aplicação. (GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.142-145).

<sup>68</sup> A idéia de Charles Taylor é que em algumas vezes seria possível sacrificar os direitos individuais para a sobrevivência de um grupo cultural. (TAYLOR, Charles. op. cit., p.78-81).

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. *Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional*. In. Taylor, Charles. op. cit., p.148.

<sup>70</sup> Idem., p.151.

seria instrumento da política porque realiza, por normas de ação, projetos plurais da própria sociedade, embora seja o direito que forneceria legitimidade à política.<sup>71</sup>

Nesse sentido, deve-se apoiar a idéia de Steven Rockefeller a respeito do liberalismo contra o comunitarismo: “O objetivo de uma cultura democrática liberal é respeitar – não reprimir – as identidades étnicas e encorajar as diferentes tradições culturais a desenvolverem completamente seu potencial de expressão dos ideais democráticos da liberdade e da igualdade (...).”<sup>72</sup>

A idéia melhor, nesse sentido, seria tratar o liberalismo democrático como neutral no sentido substantivo da palavra, ou seja, não só a liberdade de consciência, religião, discurso e reunião, mas desempenhando políticas públicas que possibilitem que todos os indivíduos e grupos culturais possam participar do discurso político democrático e viver conforme sua concepção de *bom* ou de vida boa. Mesmo que possa esse sistema provocar todas as culturas “(...) a abandonar os valores intelectuais e morais que são inconsistentes com os ideais de liberdade, igualdade e a procura contínua, cooperante e experimental da verdade e do bem-estar”.<sup>73</sup> A idéia chave é a tolerância dos diversos grupos diferentes, por meio do reconhecimento recíproco, de forma que possam atingir seus ideais de vida boa concretamente.<sup>74</sup> Conforme Hoffe: “a tolerância surge do reconhecimento do outro como uma pessoa livre e igual que, em virtude de sua inviolável dignidade humana, tem o direito a formar suas próprias convicções e a viver com elas somente ou com quem as comporte, sempre que não se menoscabe este mesmo direito em todos os demais.”<sup>75</sup>

Há de concordar-se com Walzer acerca dos campos próprios de justiça, mas não em relação à concepção ética empregada politicamente. Pois por ser intuitivamente

<sup>71</sup> GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.156.

<sup>72</sup> ROCKEFELER, Steven. Comentário. In: Taylor, Charles Taylor. op. cit., p.107.

<sup>73</sup> Idem., p.110.

<sup>74</sup> Cf. Hoffe: “Como sem reconhecimento recíproco não é possível um convivência de pessoas auto-responsáveis com igualdade de direitos, a tolerância é uma condição básica da justiça da convivência humana em liberdade e, no entanto condição da justiça uma exigência que a ninguém lhe pode ser negada.” (HOFFE, Otfried. Op. cit. p.144, tradução nossa).

<sup>75</sup> Idem., p.150, tradução nossa.

impossível de convergir todas as concepções éticas, de modo que não prejudique uma em prol de outra, não há como, senão por meio de uma neutralidade ética, promover a possibilidade de cada grupo comunitário perseguir a sua felicidade. Mas não se deve esquecer que isso só é possível por meio da tolerância entre as formas de viver e, deste modo, que sejam respeitados os princípios humanos fundamentais. Estes são sempre reconhecidos dentro de uma sociedade democrática de direito, podendo serem considerados até naturais as suas existências nessa circunstância. Não se pode dizer que eles não tenham um conteúdo histórico, pois eles não são achados automaticamente, há todo um processo de descobrimento, na qual a teoria de Habermas vem de encontro.

Melhor do que Rawls está também Habermas, porque possui uma teoria mais concreta do que comparado ao artificialismo empregado por Rawls, que leva a uma justificativa de seus princípios fundamentais. Entretanto, fora as críticas, seu trabalho teve como mérito a tentativa de promover uma justiça social capaz de romper os laços da teoria utilitarista.

## **2 – Discriminação Ilícita**

### **2.1 – Definição e caracterização.**

Não falaremos nesse tópico a respeito de minorias, pois esta concepção já traz consigo um preconceito de algo inferior. Ademais, qualquer discriminação ilícita não está condicionada ao fato de estar relacionado a um grupo de menor número. Basta observar a situação iraquiana antes da invasão americana, onde os sunitas de menor número – que eram os governantes do país - discriminavam os xiitas de maior número.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Por isso autores como Canotilho vão definir minorias dentro de uma perspectiva de poder (CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.387).

Por meio de dicionários observa-se que discriminar é separar, diferenciar, discernir.<sup>77</sup> No meio social o ato de diferenciar pessoas ou grupos sociais pode ser ilícito ou lícito.<sup>78</sup> Renata Malta Vilas-Bôas retrata esta diferença de discriminação dizendo: “Apesar do termo ‘discriminação’ possuir conotação negativa, nem toda discriminação é vergonhosa ou preconceituosa, pois é preciso primeiro integrá-la no contexto onde ela está sendo utilizada.”<sup>79</sup> Um exemplo de discriminação lícita é a condição de ser do sexo feminino para se inscrever em cargos de guardas em presídios femininos.<sup>80</sup>

Para Celso Antonio Bandeira de Mello deve-se obedecer quatro requisitos para que uma norma discriminatória seja legítima: “a) a norma criada não venha a atingir um só indivíduo, ou seja, esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica; b) realmente exista nas pessoas, coisas ou situações características e traços que sejam diferenciados; c) há uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção que foi estabelecida; d) esta distinção estabelecida precisa ter um valor positivo, dentro do estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico, através da Constituição Federal.”<sup>81</sup>

Tem que se levar em conta que o primeiro requisito, em matéria de princípio, que mais do que servir como justificação da norma, deve servir como aplicação de acordo com o

<sup>77</sup> Álvaro Ricardo Souza Cruz conceitua o termo discriminação baseado nas concepções da ONU: “Nesse sentido, entendemos a discriminação como toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como a raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada”. (CRUZ, Álvaro R. Souza. *O Direito à Diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.15).

<sup>78</sup> Cf. Luis Felipe Lopes Bóson: “Em direito, usa-se o termo para indicar toda sorte de divisão entre pessoas, situações ou coisas, de modo a estabelecer entre elas uma diferenciação, ou fazer com que elas possam ser encaradas a partir dessa divisão”. (BOSON, Luís F. Lopes. A discriminação na Jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio. RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTR, 2000, p.255).

<sup>79</sup> VILAS-BÔAS, Renata M. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.28.

<sup>80</sup> Esse caso de discriminação é chamado de “business necessity”, pois a natureza da atividade necessita de discriminação. Porém ao lado dessas podem ser consideradas outros tipos de discriminação legítima, sendo uma delas as descrições positivas (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 21).

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p.47-48 (Apud VILAS-BÔAS, Renata M. op. cit., p.29).



princípio de adequabilidade proposto por Klaus Günter.<sup>82</sup> Deste modo tanto os órgãos administrativos como judiciários devem respeitar os princípios adequando às normas ao caso concreto.<sup>83</sup>

Quando são ilícitas elas não possuem uma justificação legítima. Segundo Álvaro Cruz: “A discriminação ilícita é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados, tais como raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros.”<sup>84</sup> Para Maurício Godinho Delgado a justificativa da discriminação está fundamentado num “cru preconceito”.<sup>85</sup> Interessante, ainda, o conceito de Joaquim Babosa Gomes, dentro de um aspecto mais introspectivo: “Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimidade de uma agressão ou de um privilégio.”<sup>86</sup>

Esses critérios injustificados possuem origem num quadro sistemático onde são encontrados, interligados entre si, preconceitos, estigmas e estereótipos. A explicação desse quadro está em que numa determinada cultura local surgiriam estereótipos qualificados ou estigmas em relação à determinado grupo de pessoas que por sua vez acabaria criando na mente dos outros grupos preconceitos negativos em relação àqueles, formando a base da discriminação ilícita.

A palavra preconceito vem do latim *praeconconceptu* e possui como significado um conceito formado de forma antecipada e sem maior conhecimento dos fatos.<sup>87</sup> Segundo

<sup>82</sup> CRUZ, Álvaro, R. Souza. op. cit., p.16-18.

<sup>83</sup> Cabe ressaltar o grande papel que o campo jurisdicional tem começado a dar nas sociedades democráticas. Ele por estar fora do campo político, sendo independente, das idéias dos eleitores tem maior possibilidade de aplicar a justiça, principalmente no âmbito dos direitos humanos fundamentais. (MORO, Sérgio Fernando, *Jurisdição Constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

<sup>84</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.29.

<sup>85</sup> Cf. Goldinho o cru preconceito é “(...) um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica sua, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, nacionalidade, riqueza, etc.)”. (DELGADO, Maurício Godinho. *Proteções contra discriminação na relação de emprego*. In: VIANA, Márcio Túlio. RENALT, Luiz Otávio Linhares. (Orgs.). *Discriminação: Estudos*. São Paulo: LTR, 2000, p. 98).

<sup>86</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.18.

<sup>87</sup> VILAS-BÔAS, Renata M. op. cit., p.57.

Erving Goffman, sempre que nos encontramos com pessoas estranhas, acabamos formando uma previsão de sua categoria e seus atributos, ou seja, sua identidade social.<sup>88</sup>

Já a palavra estereótipo para Vilas-Bôas surgiu do termo usado pelos pintores de pratos que significasse um molde.<sup>89</sup> Ou seja, seria um retrato, no caso, de grupo de pessoas que possuem as mesmas características.

Basta, por fim, analisar o termo estigma para que se possa compreender o funcionamento da discriminação ilícita.

O termo estigma surgiu com os gregos para representar sinais corporais que indicavam algo incomum ou o “*status moral*” de quem os possuía.<sup>90</sup> Mais tarde na era cristã o termo passou a significar também sinais da graça divina e sinais de distúrbio físico.<sup>91</sup> Todavia, hoje ainda aplicamos o sentido original de modo parecido a dos gregos<sup>92</sup>

Conforme Goffman: “Um estigma é, então, na realidade, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, (...)”<sup>93</sup> Seria um sinal que nos indica algo depreciativo a respeito de determinado grupo de pessoas e que nos orientam a formar concepções que nos faz exigir que estas sejam de determinado modo, formando uma identidade social virtual<sup>94</sup>. Deste modo, “um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra,

<sup>88</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Rio de Janeiro: LTC, [entre 1988 e 2005], p.12.

<sup>89</sup> CASHMORE, Elis. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. São Paulo: Selo Negro Edições, 2000, p. 193. (Apud VILAS-BÔAS, Renata M. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. p.61).

<sup>90</sup> Cf. Goffman, os sinais feitos ou em corte ou em fogo avisam que determinada pessoa era um escravo, criminoso ou traidor, devendo esta ser evitada principalmente em lugares públicos. (GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Rio de Janeiro: LTC. p.11).

<sup>91</sup> Idem., p.11.

<sup>92</sup> Cf. Goffman apesar do uso do termo estigma atualmente ser usado de modo semelhante ao dos gregos, ele é mais aplicado à própria desgraça do que à evidência corporal. (Idem., p.11).

<sup>93</sup> Idem., p.13.

<sup>94</sup> Cf. Goffman: “Baseando-nos nessas concepções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso”. Continuando: “Caracteristicamente, ignoramos que fizemos tais exigências ou o que elas significam até que surge uma questão efetiva. Essas exigências são preenchidas? É nesse ponto, provavelmente, que percebemos que durante todo o tempo estivemos fazendo algumas afirmativas em relação àquilo que o indivíduo que está à nossa frente deveria ser. Assim, as exigências que fazemos poderiam ser mais adequadamente denominadas de demandas feitas “efetivamente”, e caráter que imputamos ao indivíduo poderia ser encarado mais como uma imputação feita por um retrospecto em potencial – uma caracterização “efetiva”, uma identidade social virtual. A categoria e os atributos que ele, na realidade, prova possuir, serão chamados de sua identidade social real”. (Idem., p.12).

destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus”<sup>95</sup>. Pode-se dar como exemplo a quantidade de pessoas de raça negra em presídios que acaba nos orientando, por meio da qualificação do estereótipo da pessoa negra (estigma), a formar preconceitos negativos de que toda pessoa negra é ladrão.

Os estigmas podem ser classificados em três tipos: a) há as deformidades físicas; b) há os estigmas tribais de raça, nação e religião; c) há as culpas de caráter individual<sup>96</sup>.

O que é importante para o tema proposto é o estigma congênito da raça. Mas o qual seria o âmbito do termo raça? A raça nesse sentido não deve ser levada no sentido biológico, mas no sentido social. Já ficou comprovado, entre as pessoas de raças diferentes, que as diferenças genéticas são insignificantes o que demonstra a existência de somente uma raça.<sup>97</sup> Assim, a raça seria uma categoria social que cria um privilégio ou uma desvantagem para certas pessoas. Segundo Antônio Sérgio Guimarães: “Raça é um conceito que não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário, de um conceito que denota tão-somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais.”<sup>98</sup> Deste modo, a raça estaria centrada nas classificações de pessoas que possuem traços morfológicos diferentes.

Entretanto é preciso observar que o estigma da raça nos EUA é diferente da do Brasil. Nos EUA vige o que Oracy Nogueira chama de “preconceito racial de origem”<sup>99</sup>, ou seja, a discriminação está baseada na descendência do grupo discriminado. Deste modo, não

---

<sup>95</sup> Idem., p.14.

<sup>96</sup> Idem., p.14.

<sup>97</sup> Cf. Álvaro R. Souza Cruz: “Em 2002, uma equipe de pesquisadores americanos, franceses e russos comparou 377 partes de DNA de 1056 indivíduos de 52 populações de todos os continentes. O resultado foi o seguinte: entre 93 e 95 por cento da diferença genética entre humanos é encontrada nos indivíduos de um mesmo agrupamento humano. Entre estes, as diferenças ficam entre 3 e 5 % das distinções encontradas. O estudo deixou claro que não existem genes exclusivos de uma mesma população”. (CRUZ, Álvaro R. Souza. *O Direito à Diferença*. p.114).

<sup>98</sup> BERNADINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: BERNADINO Joaze; GALDINO, Daniela (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.19.

<sup>99</sup> NOGUEIRA, Oracy. *Tanto preto quanto branco: estudo de relações raciais*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985, p.67 (Apud OSORIO, Rafael G. O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE. In: BERNADINO, Joaze. GALDINO, Daniela (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação Afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.108).

importa se a pessoa é branca se é descendente de pai e/ou mãe negra<sup>100</sup>. Isso é facilmente observável no filme americano “Revelações”<sup>101</sup>, na qual um professor renomado encobre durante toda a vida o estigma de ser filho de pais negros, por medo de ter sua vida prejudicada.

Por outro lado, no Brasil o estigma não está baseado na descendência, mas no aspecto físico da cor. É o que Nogueira denomina de “preconceito racial de marca”<sup>102</sup>. Essa característica peculiar vem da grande miscigenação existente na sociedade brasileira. Segundo o IBGE, a população brasileira se divide em vários grupos raciais, entre estes se encontram os pretos e os pardos.<sup>103</sup> Isso é um problema que será discutido posteriormente, principalmente, no que se refere à delimitação entre a pessoa branca e parda. No momento pode ser dito que pessoas pardas e pessoas pretas são consideradas negras. Essa é a resposta para Rafael Osório, pois segundo ele estatisticamente existe uniformidade entre os dois grupos nas características socioeconômicas; ademais as discriminações potenciais e sofridas, pelos dois grupos, possuem a mesma natureza.<sup>104</sup>

A discriminação racial brasileira surge com a implantação da escravidão no século XVI, primeiro com os indígenas, após com os negros trazidos do continente africano. Os escravos eram considerados instrumento de trabalho, o que dava um caráter não humano a eles. Ser negro no Brasil, naquela época, trazia a idéia de escravo e, deste modo, de algo apreensível fisicamente.

O trabalho que competia a eles eram todos manuais: da lavoura aos trabalhos domésticos.<sup>105</sup> Até mesmo hoje os trabalhos conferidos às pessoas negras são os trabalhos manuais. Isso está impregnado dentro da mente da sociedade brasileira, resquício de uma

<sup>100</sup> Cf. Rafael G. Osorio: “Em caso de miscigenação, o produto do cruzamento é identificado com o grupo discriminado, mesmo se fisicamente se caracteriza pela aparência do grupo discriminador”. (OSORIO, Rafael G. op. cit., p.109).

<sup>101</sup> Título original: *The Human Stain*. Miramax films, 2003.

<sup>102</sup> NOGUEIRA, Oracy. op. cit., p. 67 (Apud OSORIO, Rafael G. op. cit., p.109).

<sup>103</sup> OSORIO, Rafael G. op. cit., p.113.

<sup>104</sup> Idem., p.114.

<sup>105</sup> Para ver mais sobre o assunto: <http://www.espacoacademico.com.br/040/40pol.htm>

cultura historicamente escravista.<sup>106</sup> Os negros carregam um estigma<sup>107</sup>, socialmente que emite idéias de pessoa incapaz, não confiável e, mesmo, de algo não humano.

A diferença da discriminação racial produzida no Brasil da dos EUA é que aquela é ocultada por meio do mito da democracia racial. Esse mito foi introduzido durante a política de branqueamento fixada no país no século XIX até meados do século XX com o objetivo de manter o *status quo* de dominação frente à raça negra. Entre as políticas de branqueamento está o ato de enviar pessoas negras à guerra do Paraguai, de buscar migrantes na Europa para trabalhar nas fazendas, etc.

O mito da democracia racial serviria para evitar tensões entre as classes dominantes e dominadas<sup>108</sup>. Gilberto Freire na década de 30 propõe três aspectos fundamentais: “a) estabelecer um peso equivalente entre a casa grande e a senzala na formação da sociedade brasileira, b) destacar o escravo como o grande colonizador do país, c) o cruzamento inter-racial, em especial no seio da família, é visto como expressão da ausência de conflitos, como equacionamento harmônico das diferenças, diluidor das contradições sociais.” (Apud SILVÉRIO, Valter Roberto. op cit., p. 51)<sup>109</sup>.

A discriminação frente aos negros possui dois efeitos que contribuem para a manutenção do *status quo*.<sup>110</sup> Um dos efeitos é o impedimento de atingir novos papéis sociais

<sup>106</sup> Cf. Renata M. Vilas-Bôas: “A telenovela brasileira, importante formadora de opinião de massa, desde a sua criação, sempre foi questionada sobre o papel destinado aos atores negros. Na maioria das vezes, representam papéis estereotipados, como domésticos, bandidos ou escravos. Somente em 1995, com a novela de Sérgio de Abreu, “A Próxima Vítima”, foi transmitida a primeira novela a apresentar um núcleo de atores negros formados por personalidades negras em papéis não estereotipados”. (VILAS-BÔAS, Renata M. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. p.66).

<sup>107</sup> Cf. GOFFMAN: “Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminação, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida. Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social” (GOFFMAN, Erving. *Estigma*. p.15).

<sup>108</sup> SILVÉRIO, Valter Roberto. Negros em movimento: a construção da autonomia pela afirmação de direitos. In: BERNADINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 47-54.

<sup>109</sup> BASTOS, E. R. Um debate sobre a questão do negro no Brasil. *São Paulo em perspectiva*. São Paulo, vol. II, v. 2, 1991, p. 35-36.

<sup>110</sup> Ver quadro nos anexos.

dos que são aceitáveis pelo grupo discriminador. Outro efeito é a produção da auto-depreciação das pessoas estigmatizadas.

Charles Taylor, dentro de sua Política de Reconhecimento<sup>111</sup>, verifica que o grupo discriminador introduz uma imagem de inferioridade ao grupo discriminado, gerando um baixa estima a tentar quebrar a barreira da discriminação. Descreve: “que a sociedade branca projetou durante gerações uma imagem de inferioridade da raça negra, imagem essa que alguns dos seus membros acabaram por adotar. Nesta perspectiva, a sua auto-depreciação torna-se um dos instrumentos mais poderosos da sua própria opressão.”<sup>112</sup> Essas imagens vão desde funções estereotipadas, como trabalhos domésticos, até a classe social-econômica em que o grupo estigmatizado se encontra. E isso vem a piorar dentro de um mito de democracia racial, o que provoca uma sensação muito forte de incapacidade frente a outros grupos.

O Brasil vem mantendo uma política contra a discriminação ineficaz, cujo efeito é manutenção de um *status quo* hierarquizado, onde no topo estão o grupo discriminador e na base o grupo discriminado. A quebra do estigma racial não se dá rapidamente de um dia para o outro, mas gradativamente com o tempo. Entretanto, é preciso uma política pública forte que introduza os negros dentro do contexto social que se encontram à margem.

No momento, as pessoas discriminadas não possuem meios de combater a discriminação. Se elas reagirem de forma agressiva é pior, pois as tensões existentes entre os dois grupos aumentariam consideravelmente. Se aceitarem a posição imposta pelo grupo discriminador, as tensões não aumentariam, mas seria fonte de sua auto-depreciação.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Charles Taylor trabalha com o ideal de autenticidade, na qual a pessoa tende a ser, mas para ser o que ela realmente é preciso vencer a influência dos “outros importantes” para nós. Deste modo, devemos lutar pela nossa identidade, buscando assim o reconhecimento dela, tendo em vista que ela se forma dialogicamente. Nesse mesmo sentido, numa amplitude maior, o grupo social deve também buscar seu reconhecimento frente à sociedade, devendo ser considerado o significado de *bom* para esse grupo. Defende o autor, o afastamento dos direitos individuais nas ocasiões em que um grupo cultural está ameaçado. (TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. In: *Multiculturalismmo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 48).

<sup>112</sup> TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. p.45.

<sup>113</sup> GOFFMAN, Erving. op. cit., p.116-136.

## 2.2 - Tipos de Discriminação Ilícita

Conforme já foi visto acima, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a discriminação ilícita “(...) é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios justificados e injustos, tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros”.<sup>114</sup>

Entretanto, esta discriminação possui duas facetas que é de importância fundamental para que se possa compreendê-la por completo.

A primeira é o que pode ser chamado de discriminação intencional. É um ato positivo ou negativo que ofende a dignidade humana de certa pessoa por tratar desigualmente esta em relação às outras pessoas, cujo fundamento real é o preconceito. Conforme Joaquim Barbosa Gomes está é a forma mais trivial de discriminação considerando que neste caso: “A pessoa vítima de discriminação é tratada de maneira desigual, menos favorável, seja na relação de emprego ou em qualquer outro tipo de atividade, única e exclusivamente em razão de sua raça, cor, sexo, origem ou qualquer outro fator que a diferencie da maioria dominante.”

<sup>115</sup> Sua constatação é feita por um exame subjetivo da conduta do ofensor, onde se buscará a intencionalidade de discriminar o ofendido.

No Brasil, esta prática é repreendida criminalmente por meio de normas jurídicas proibitivas, sendo considerada um tipo formal e doloso, consumando-se, desta forma, independentemente do resultado, sob a condição de ser comprovado a culpa intencional do agente.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.29.

<sup>115</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.20.

<sup>116</sup> As discriminações brasileiras são regidas pela Lei 7716/89 que foi alterada pela Lei 9459/97.

Nos EUA, estas normas proibitivas são também encontradas no denominado “*Civil Rights Law*”<sup>117</sup> mas, ao contrário do Brasil, este tipo de discriminação - considerado lá como *prima facie discrimination* - quando discutida em juízo, nas ações declaratórias ou injuntivas, acaba invertendo o ônus da prova que passaria agora para o ofensor.<sup>118</sup>

O controle repressivo feito dessa forma, porém, gera grande dificuldade de se constatar a discriminação por meio dessas normas, pois é muito difícil identificar o dolo de tal ato (principalmente aqui no Brasil na qual o ônus da prova fica imputado à vítima), o que acaba tornando as normas proibitivas sem nenhum valor repressivo e, assim, sem resultados positivos contra a discriminação.<sup>119</sup> É o que demonstra Joaquim Barbosa Gomes ao criticar a política brasileira: “Exemplo marcante desse estado de coisas é o fracasso retumbante da política antidiscriminatória oficial adotada no Brasil nos últimos 40 anos, risivelmente ancorada no Direito Penal, isto é, justamente naquele ramo do Direito em que as exigências probatórias são as mais rigorosas, sem contar o fato de que é precisamente nesse campo do direito em que a opressão, especial mente de negros, é mais visível.”<sup>120</sup>

Esse fracasso das políticas brasileiras fica ainda mais evidente quando são demonstrados dados divulgados por Ricardo Henriques (Apud BERNADINO, Joaze. op. cit., p.26), na qual, por meio de pesquisas realizadas entre pessoas de 25 anos que nasceram em 1929 e 1974, se procurou descobrir a proporção da quantidade de anos de estudo entre pessoas negras e brancas. Os dados demonstram que entre essas pessoas de gerações

<sup>117</sup> Cf. Joaquim Barbosa Gomes a expressão “Civil Rights Law” “(...) engloba um formidável corpo de normas e princípios emanados diretamente da Constituição e de algumas de suas Emendas, especialmente a 13ª, a 14ª e a 15ª, bem como de sucessivos “Acts” (leis) federais, sem falar nas decisões das Cortes Federais que, ao estabelecerem a interpretação de um determinado dispositivo, fixa-lhe a respectiva inteligência de forma cogente e imperativa para todos os órgãos jurisdicionais situados nos escalões inferiores da respectiva circunscrição judiciária, como consequência lógica e natural do sistema de *stare decisis* vigente naquele país”. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.50-51).

<sup>118</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.30.

<sup>119</sup> Essa dificuldade de buscar provas gera poucas demandas judiciais baseadas em discriminações. Cf. Renata M. Villas-Bôas: “Para exemplificar fizemos um pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e constatamos que somente foram julgados oito processos referente ao racismo, e a grande maioria foi julgada improcedente por falta de comprovação da discriminação e preconceito racial sofrido. Já que é inegável que o racismo existe na sociedade brasileira, tais números somente podem refletir que aqueles que foram vítimas não conseguem, ou não querem iniciar uma batalha judicial”. (VILAS-Bôas. Renata M. op. cit., p.67).

<sup>120</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.21.



diferentes existe a mesma proporção de 2,3 anos de estudo de diferença entre elas, provando, dessa forma, a discriminação latente existente na sociedade brasileira entre negros e brancos.<sup>121</sup>

A outra face é a discriminação de fato, que no caso pode ser analisado em duas perspectivas: privada e pública. São caracterizados por uma atuação positiva ou negativa de forma não intencional, que acaba mantendo o *status quo* discriminatório.

Na perspectiva privada, ocorre o que Joaquim Barbosa Gomes chama de “racismo inconsciente”, que também pode ser considerada como velada, dissimulada ou não assumida.<sup>122</sup> Esse tipo de discriminação seria a mais existente no Brasil, o que pode ser constatado com a defesa do mito de existência de uma democracia racial no país.<sup>123</sup> É provocado por imagens internalizadas resultantes de discriminação histórica e cultural que acaba, no decorrer do tempo, se banalizando e se tornando invisíveis ao ofensor, mas não ao ofendido.<sup>124</sup> Pode-se verificar tal discriminação apenas observando as reações das pessoas - brancas e negras<sup>125</sup> - de espanto quando uma pessoa negra ocupa um cargo de confiança, pois aquelas internalizaram a ocupação do negro em trabalhos subalternos, o que acaba montando uma imagem da pessoa negra como pessoa incapaz de ocupar tais cargos. São os que os americanos chamam de “*lingering effects*”, ou seja, “(...) os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar”.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> HENRIQUES, Ricardo. Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90. In: Ipea. Brasília/Rio de Janeiro, Ipea, n. 807, 2001, p.27.

<sup>122</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.30.

<sup>123</sup> Cf. Joaze Bernadino o mito da democracia racial está baseado em três argumentos: 1º A não existência de hostilidade entre grupos raciais e sim cordialidade; 2º Não seria a raça a causa do baixo *status* social ou de oportunidade de vida, mas, sim, a classe social; 3º O Brasil seria um país miscigenado, o que tornaria irrelevante distinguir as pessoas como negras e brancas. (BERNADINO, Joaze. op. cit., p.32).

<sup>124</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa op. cit., p.20.

<sup>125</sup> Pois de acordo com Charles Taylor o não reconhecimento acaba por internalizando uma falsa incapacidade. (TAYLOR, Charles. op.cit., p.45).

<sup>126</sup> GOMES, Joaquim B.Barbosa op. cit., p.47.

Já diante de uma perspectiva pública, a discriminação de fato seria um atuar, do aparato estatal, indiferente e neutro<sup>127</sup> a respeito da permanência do *status quo* discriminatório.<sup>128</sup> Ou seja, todo atuar dos três poderes estatais que não levasse em consideração o estado discriminatório atual seria discriminatório, pois estaria por aceitá-lo. Esta é a decisão da Suprema Corte americana, diante do caso *Wood v. Harrison*, a respeito da assistência do Estado Federal às instituições de ensino pública e privada por meio de fornecimentos de livros didáticos:<sup>129</sup>

O fornecimento de material de aprendizado constitui um custo educacional inescapável, tanto para estudante da escola pública quanto da privada. Quando, como no presente caso, esse gasto essencial é assumido pelo Estado, a consequência econômica consiste em dar auxílio ao empreendimento; se a escola pratica discriminação, o Estado, através da ajuda material concedida na forma de livros didáticos, está dando apoio a essa discriminação. A discriminação racial em escolas públicas é proibida pela Constituição, e é “também evidente que o Estado não pode induzir, encorajar ou levar as pessoas privadas a realizar aquilo que é constitucionalmente proibido de realizar.”<sup>130</sup>

Por razões acima demonstradas – de dificuldade de se observar a intencionalidade ou de inexistência de intencionalidade, surgem várias teorias que tentam dar conta dessas

<sup>127</sup> No mesmo sentido Laurence Tribe diz (Apud CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p. 31.): “Beyond the purposeful, affirmative adoption or use rules that disadvantage them, minorities can also be injured when the government is ‘only indifferent’ to their suffering or ‘merely’ blind to how prior official discrimination contributed to it and how current official acts perpetuate it”. Trad. (“Além dessa proposta, a adoção de regras que deixam a minoria em desvantagem, pode também ser injusta, quando o governo é ‘indiferente a seu sofrimento’ ou ‘meramente’ insensível, à forma pela qual a discriminação oficial contribui para isto ou como isto ocorre”.) (TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2.ed. Mineola, New York: The Foundation, 1988. p.1516).

<sup>128</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op cit., p.31.

<sup>129</sup> Nos EUA o combate à discriminação nas entidades educacionais privadas, feita pelo governo federal, se dá indiretamente por meio da denominada cláusula de dispêndio constitucional, pois este não teria competência para atuar diretamente. Desse modo, o governo federal só repassaria recursos federais se a entidade privada estivesse de acordo com as políticas de discriminação positiva. (GOMES, Joaquim Barbosa. op. cit., p.93-95).

<sup>130</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.96-97.

dificuldades. Entre as que serão descritas estão: a teoria do impacto desproporcional, teoria da discriminação presumida, teoria dos motivos mistos.

Primeiramente, surgiu a teoria dos motivos mistos (Mixed Motive Theory) que considerava discriminatório um ato desde que o fundamento discriminatório fosse preponderante sobre os legítimos. Entretanto, seu resultado não era tão satisfatório, pois possibilitava uma brecha para que discriminações não fossem repreendidas. Foi a partir de 1991 que o Congresso americano aprovou uma mudança que tornou possível combater a discriminação mesmo quando não era preponderante, bastava o seu aparecimento.<sup>131</sup>

Já a teoria do impacto desproporcional (Disparate Impact Doctrine) é uma técnica usada pela Corte americana para combater a discriminação não visível, oriunda de atos aparentemente neutros de entidades públicas e privadas. Segundo Joaquim Barbosa Gomes a teoria pode ser resumida como: “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”<sup>132</sup>. Ou melhor, dizendo, todas as atuações privadas ou públicas, que são aparentemente neutras mais que causam um resultado desproporcional entre negros e brancos seriam considerados discriminatórios.

O marco desta técnica nos EUA é o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, que trata-se de uma ação movida por pessoas negras contra a empresa por discriminação. Esta empresa que sempre segregou as pessoas negras a trabalhos manuais até 1965 (data da entrada em vigor do Estatuto dos Direitos Civis de 1964) acabou sendo obrigada a abrir as portas dos outros cargos para todas as pessoas. Entretanto, esta, instalou a condição às pessoas de ter que

---

<sup>131</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.33-34.

<sup>132</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.24.

passar por um teste de inteligência que nada tinha a ver com a ocupação oferecida. Esta ação foi fundamentada pelos autores tendo em vista o impacto desproporcional que tinha para o grupo dos negros, pois este sempre foi obrigado a frequentar escolas segregadas de nível mais inferior do que aqueles frequentados por pessoas brancas.<sup>133</sup> Não obstante, a Corte de apelação ter solucionado o caso a favor da empresa, o uso de meios estatísticos começou a ter aceitação como prova do resultado do impacto desproporcional no Judiciário.<sup>134</sup>

Conforme Joaquim Barbosa Gomes o caso *Jones v. Lee Way Motor Freight*, na década de 60, foi pioneiro em demonstrar uma discriminação por meios estatísticos. A Corte que decidiu o caso, ao pronunciar a respeito desses meios, declarou: “(...) em ações de discriminação racial, as estatísticas sempre provam muito mais do que o depoimento de várias testemunhas, e os Tribunais devem dar-lhes os devidos efeitos”<sup>135</sup>. Deve-se salientar, todavia, que a Corte americana legitima os dados estatísticos como prova desde que mostre uma desproporção flagrante. Desse modo, pode ser considerado prova de discriminação dados que demonstram que determinada conduta política favoreceu bem mais certo grupo de pessoas do que em relação a outros. Álvaro de Souza Cruz cita um caso retirado do livro de Gerald Günther.<sup>136</sup> Descreve Cruz, dados que demonstram uma evidente discriminação praticada pela cidade de São Francisco, cuja população tinha 25% de asiáticos. Por esse dados, se observava que dos pedidos de permissão para abertura de lavanderia, 99% eram deferidos para brancos e somente 1% para os asiáticos.<sup>137</sup>

Não obstante o uso dessas técnicas pelas Cortes americanas, o Judiciário brasileiro só considera a discriminação intencional como passível de ser reprimida. Esta autocontenção judicial vivida no país só faz permanecer o *status quo* discriminatório dentro

<sup>133</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.333-343; p.23-26.

<sup>134</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op cit., p.35.

<sup>135</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.32.

<sup>136</sup> GÜNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. 13. ed. New York: The Foundation, Westbury, 1997.

<sup>137</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.35.

de uma sociedade que se diz democrática. Será preciso um maior ativismo judicial para que se promova democracia, principalmente quando o poder político falha neste aspecto.<sup>138</sup>

### **3 – O princípio da igualdade dentro de uma concepção liberal democrática.**

#### **3.1 – Princípios dentro do Estado Democrático de Direito**

A democracia pode ser definida, citando José Afonso da Silva, como “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do povo”.<sup>139</sup> Numa sociedade pluralista, a democracia seria um pressuposto essencial para sua existência estável. Dentro dela cada pessoa poderia se auto-desenvolver livremente sem nenhum tipo de constrangimento. Seria uma sociedade que garantiria a realização da identidade de todos.

Um Estado Democrático de Direito estaria, por esse modo, fundamentado em três princípios fundamentais, na qual só em caso extremos poderiam ser afastados: o princípio da liberdade, o princípio da igualdade e o princípio da solidariedade social.<sup>140</sup> O princípio da igualdade seria complemento de todos os princípios, bem como, dos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>141</sup>, tendo em vista o paradigma jurídico em que se enquadra. Em relação ao princípio da liberdade, esta não é vista como isolada, senão como complemento do princípio da igualdade. A liberdade, desse modo, deve ser tratada como igual liberdade, porque se não fosse assim, não haveria consolo em ser escravo, quando todos o são. Assim o princípio da liberdade seria, neste aspecto, derivado da igualdade.

---

<sup>138</sup> Ver para maiores esclarecimentos: MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT. 2004.

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 126.

<sup>140</sup> GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p. 212.

<sup>141</sup> ROCHA, Carmen L. Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 15, jul. 1996. p. 91.

O princípio da igualdade, como todos os demais, só estaria orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana<sup>142</sup>, na qual foi concebido primeiramente pelo cristianismo, dando a característica de ser originado por Deus, mas se tornando norma após a Segunda Grande Guerra, devido às grandes atrocidades feitas pelos nazistas.<sup>143</sup> Isto provocou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que enunciava no seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”<sup>144</sup> Sua característica foi colocar o ser humano dentro de uma coletividade, na qual deve ser respeitado como membro social. Possui como base dois aspectos importantes: o aspecto de que todo ser humano é igual por ser racional e que todo ser humano é diferente por ter concepções de vida diferentes.<sup>145</sup>

Essa orientação principiológica não significa que alguns princípios estão num patamar maior que outros, numa espécie de hierarquia. Os princípios não podem ser apresentados como valores, e sim como normas<sup>146</sup>, pois ao contrário dos valores, estas valem para todos, ou seja, tem caráter de universalidade. Para Habermas, esses princípios são chamados de Sistema de Direitos, e são esses que dão legitimidade ao ordenamento jurídico

<sup>142</sup> Cf. Edilson Pereira de Farias (Apud MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, p.66): “O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais” (FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direito: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p.66-67.)

<sup>143</sup> Para Kant a dignidade é o oposto a tudo que trata a pessoa como objeto. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p 117).

<sup>144</sup> MORAES, Maria C. Bodin de. op. cit., p.114.

<sup>145</sup> Cf Bodin de Moraes: “Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas” (Idem., p.109).

<sup>146</sup> Cf, Habermas (Apud GALUPPO, Marcelo C. op cit., p.180-181): “Normas e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa, pelos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer” (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p.311). Cf. Galuppo: “ (...) os valores são objetos de um escanamento que considera sua preferibilidade, ou seja, uma avaliação que considera o seu “peso” e a sua gradualidade. (...) . Ao contrário das normas, os valores só podem valer diante de determinadas circunstâncias, sendo, portanto de obrigatoriedade relativa” (GALUPPO, Marcelo C. op cit., p.183).

estatal, pois garantem, dentro de sua ética discursiva, uma situação ideal de fala.<sup>147</sup> Eles se diferenciam das regras por não se excluírem em uma relação à outra, de acordo com o modelo kelsiniano, mas por estarem no mesmo patamar concorrendo uns com os outros na aplicação do caso concreto.<sup>148</sup>

Conforme Lenio Streck, os princípios não possuem conceitos definidos, alguns os consideram como normas de direito natural, verdades jurídicas universais, máximas no sentido kantiano.<sup>149</sup> Para Habermas, os princípios são normas ou preceitos morais fruto dos pressupostos da comunicação e dos processos histórico-políticos que revelam a identidade de um povo.<sup>150</sup> Dworkin considera o princípio como um modelo que deve ser observado como exigência de justiça ou de imparcialidade (*fairness*) ou como qualquer outra dimensão moral.<sup>151</sup>

Entretanto, a importância destes está na sua função de orientação nas interpretações para decisões de conflitos, bem como, sua função legitimadora nas elaborações de normas jurídicas. Eles são a base dos direitos humanos fundamentais, direitos, esses, que garantem num paradigma social democrático a possibilidade de quaisquer pessoa viver como

<sup>147</sup> GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p. 206.

<sup>148</sup> As regras e os princípios possuem razões diferentes de acordo com Klaus Günther (Apud GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.190), as primeiras teriam uma razão *prima facie* e os segundos possuem uma razão comparativas (*on balance*): “O primeiro tipo simplesmente justifica a presunção de que uma ação deve ou não ser executada [...]. Baier designa como razões comparativas aquelas que propõem que, consideradas todas as coisas, nós devemos ou não fazer algo. Neste caso, o proponente expressa a convicção que ‘nehuma outra razão contrária pode ser oferecida de forma capaz de sobrepujar a razão ou razões nas quais ele se baseia no julgamento’” (GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law*. Albany: State University of New York, 1993, p.208).

<sup>149</sup> Definição proposta por Paulo de Barros Carvalho (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p.86).

<sup>150</sup> Os princípios poderiam ser definidos como aquelas normas que garantem processo comunicativo dentro de um paradigma jurídico adotado pela sociedade. (GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.204).

<sup>151</sup> Dworkin propõe essa definição dentro de sua teoria de integralidade do direito. Para o autor a integridade é respeitada se uma decisão for justa, ou seja, fornece a resposta correta para um caso concreto. Para solucionar casos difíceis existiriam duas teses a ser invocadas: Argumentos de orientação política e Argumentos de princípio. Os argumentos de orientação políticas são modelos (*standards*) demonstram uma meta comunitária a ser alcançada. Já os argumentos de princípio são modelos que visam a imparcialidade, justiça ou outro aspecto moral. Nos caso difíceis só serviriam como modelos os princípio, pois somente desse modo não haveria comprometimento da democracia. O motivo seria que o Poder Judiciário, no caso de não existir regra clara para orientar sua decisão, não possui competência para elaborar decisões políticas. (GALUPPO, Marcelo C. op., cit. p.186). Cf Dworkin: “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral (...)” (Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101).

considera ideal para consigo. Dentro desse quadro, a discriminação ilícita de certos grupos seria o “câncer” que destrói a possibilidade de uma implantação de uma verdadeira sociedade democrática, ficando evidenciado o desrespeito do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.2 – O princípio da igualdade: seu aspecto formal e material e sua possibilidade de aplicação diante das ações afirmativas.**

A igualdade desde muito tempo tem sido objeto de estudos de muitos filósofos. Aristóteles chega afirmar que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.<sup>152</sup> A primeira vista, esse conceito parece ser contemporâneo, mas na verdade sua concepção de igualdade possui natureza diversa da igualdade contemporânea. Sua igualdade possui uma natureza geométrica, ou seja, por uma forma simplificada, os escravos deveriam ser tratados como escravos e os cidadãos deveriam ser tratados como cidadãos.<sup>153</sup> Na distribuição dos bens<sup>154</sup>, o Estado distribuí-los-ia de acordo com o grau de importância que determinada pessoa tinha para sociedade.<sup>155</sup>

Na Idade Média, a igualdade aritmética começa a ter força principalmente por causa do cristianismo. São Tomás de Aquino começa pregar a dignidade de todas as pessoas, embora ainda tivesse uma visão hierarquizada da sociedade.<sup>156</sup>

Todavia, somente com a chegada dos pensadores iluministas é que se começou a pensar na aplicação de uma concreta igualdade aritmética contra os privilégios de uma sociedade de castas. Surge pensadores como Locke, Rousseau e Kant que contribuíram para a

<sup>152</sup> NEVES, Marcelo. Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa. In: SOUZA, Jessé. (Org.). *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001, p. 335.

<sup>153</sup> Cidadão, para Aristóteles, é o homem que participa da administração da justiça ou da assembléia governante. Dentro dessa qualidade todos eram tratados igualmente de forma aritmética (GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.42-49).

<sup>154</sup> Dentro de sua concepção de justiça distributiva. (BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.43-46).

<sup>155</sup> Os cidadãos deveriam ter maiores recursos, pois só assim teriam liberdade para se empenharem na política. (GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.31-49).

<sup>156</sup> Idem., p.53-57.



instauração do denominado Estado Liberal após a Revolução de 1789. Os dois primeiros se baseiam numa teoria contratual, entretanto eles se diferenciam no conteúdo, pois Locke defende a liberdade mais no sentido econômico, defendendo a propriedade<sup>157</sup>; já Rousseau defende a liberdade mais no sentido político, defendendo a supremacia da vontade geral sobre as vontades particulares. No que se refere a Kant, sua teoria defende a liberdade no sentido moral como pressuposto para se chegar as máximas, ou seja, normas universais de toda humanidade.

### 3.2.1 – Igualdade Formal.

Numa sociedade pluralista, conforme já foi visto, na qual cada pessoa possui sua própria idéia de vida *boa*, a justiça deve ser buscada num sistema político, cujo conteúdo seja mais neutro possível num sentido ético. Isso parece um contra-senso, pois quando se fala em política, deve pressupor que já existe um conteúdo ético inserido nela. Entretanto, autores como Dworkin e Rawls, propõem este tipo de neutralidade, visando impedir que grupos majoritários imponham aos outros sua maneira de viver.<sup>158</sup> Por isso, talvez, a melhor concepção de justiça política, seja a habermasiana, porque os valores empregados numa sociedade são neutros para ele, no sentido de que todos podem contribuir racionalmente para uma construção ética, de modo que a concepção ética de uma determinada sociedade não seja a do grupo dominante.

O Estado Liberal surge com o propósito de defesa dos indivíduos contra as ingerências do Estado, no sentido de impedir qualquer imposição ética.<sup>159</sup> Todo ser humano, nesse sentido, de acordo com a Declaração dos Direitos Humanos de 1789, eram livres e

---

<sup>157</sup> MORO, Sérgio Fernando. op. cit., p.121-128.

<sup>158</sup> BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994, p.387.

<sup>159</sup> Surgem os direitos fundamentais de defesa.

iguais em direitos.<sup>160</sup> Competia a elas, por meio de seus próprios méritos, buscarem suas felicidades, já que esses direitos as protegeriam de qualquer tipo de ingerência. Mas o que significava ser iguais em direitos? Significava, num sentido (como igualdade perante a lei), que na aplicação do direito a lei seria executada sem ter em conta as pessoas concretamente. Em outro (como igualdade na própria lei), significava que o legislador deveria criar iguais direitos às pessoas caracteristicamente iguais.<sup>161</sup> Esta igualdade, dentro da perspectiva dworkiniana, estaria ligada ao direito a igual tratamento (*equal treatment*), na qual o governo deveria tratar igualmente seus cidadãos na atribuição de oportunidades. Todos teriam o direito a igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Dworkin qualifica como conservador o governo que utiliza preponderantemente esse tipo de princípio, pois valorizam menos a igualdade quando colocado ao lado de outros objetivos como prosperidade geral ou segurança.<sup>162</sup>

Rousseau declara o perigo desse tipo de igualdade (Apud COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 47): “Sob os maus governos, essa igualdade (de direitos) é puramente aparente e ilusória; ela só serve para manter o pobre em sua miséria e o rico em sua usurpação. Na verdade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm; de onde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens na medida em que todos eles possuem alguma coisa e em que nenhum deles tem algo em demasia.”<sup>163</sup> O que deixa essa igualdade ilusória, dentro dessa idéia, é a possibilidade desta ser facilmente desvirtuada pelo sistema econômico. Observando-se por meio da teoria de justiça complexa de Walzer, chegaríamos à conclusão que o direito estaria sendo influenciado pelo código ter e não ter, de maneira que os menos desprovidos não teriam uma fruição igual desse direito. Assim, a pessoa com maior recurso financeiro teria acesso à jurisdição de forma diferente em

<sup>160</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.53.

<sup>161</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.427.

<sup>162</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.283-284. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.349-351.

<sup>163</sup> MARX, Karl. *Oeuvres III – Philosophie*. col. “Pléiade”. Paris: Gallimard, 1982, p.1735.

comparação à pessoa desprovida de recurso. A pessoa de maior recurso financeiro possuiria maior chance de estudar em universidades de alto nível e de, possivelmente, fazer parte do grupo administrativo dirigente da sociedade onde se encontra<sup>164</sup>, o que, por outro lado, para a pessoa sem um recurso financeiro mínimo não existiria chance de mudar sua situação, pois esta pessoa estaria focada somente na sua sobrevivência, não possuindo, deste modo, uma cultura política capaz de reverter sua situação por meio da participando das discussões políticas, nem recurso para defender seus próprios direitos na esfera judiciária, ou defender-se em pé de igualdade.

Dentro da concepção habermasiana esse princípio não garantiria, desta maneira, o sistema discursivo ideal de fala, pois não estariam abertas a todas as pessoas. A igualdade como pressuposto desse processo não atingiria seu fim de distribuir os “(...) direitos de participação no processo de formação da opinião e da vontade pública (...).”<sup>165</sup>

A falta de análises, diante das situações concretas onde estão envolvidas as pessoas, acabou criando uma desigualdade entre elas. No que se refere à discriminação, as normas proibitivas não foram eficientes para acabar com a discriminação entre as pessoas. O princípio da igualdade não conseguia garantir, às pessoas, iguais oportunidades. A discriminação provocada pelo grupo majoritário que estava no poder acabava fazendo parte da concepção ética estatal. Um dos grandes exemplos da aplicação desse tipo de igualdade era a segregação racial nas escolas americanas, na qual os negros possuíam nas suas próprias escolas, mas que em comparação com a escola freqüentadas pelos brancos eram bem inferiores. Era a denominada doutrina “separados mais iguais”. A igualdade, desse modo, não estava na possibilidade de possuir o mesmo direito, como no caso a educação, mas de ter o

<sup>164</sup> Citando Gramsci (Apud GALDINO, Daniela; PEREIRA, Larissa Santos. Acesso à universidade: condições de produção de um discurso falacioso. In: BERNADINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.166): “a universidade é a escola da classe (e do pessoal) dirigente, é o mecanismo através do qual faz-se a seleção dos indivíduos de outras classes que devem ser incorporadas no quadro administrativo dirigente”. (GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. Trad. Luiz Mário Gazzano. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p.305).

<sup>165</sup> GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.207.

mesmo conteúdo em matéria de igualdade. Os negros deveriam ter, dessa forma, a mesma qualidade de ensino que os brancos.

### 3.2.2 – Igualdade material

O surgimento de doutrinas socialistas, o impacto da industrialização e o fracasso do conteúdo formal dos princípios, provocaram o surgimento, após a Segunda Guerra Mundial, das idéias de Estado Social. Ao contrário do Estado Liberal que permaneceria neutro em relação aos seus atos sem intervir na esfera privada, o Estado Social tinha a função de dar as condições fáticas para o pleno exercício dos direitos. O Estado interviria por meio de prestações sociais como educação, saúde, assistência social, imposição de um salário mínimo, etc. Surge uma nova interpretação do princípio da igualdade que acaba complementando a interpretação original.

A igualdade material refere-se a uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.<sup>166</sup> Seu objetivo é a igualdade de condições sociais. Ingo Wolfgang Sarlet, descrevendo sobre os direitos fundamentais sociais pode dar melhor esclarecimento sobre o conteúdo desse tipo de princípio da igualdade:

O certo é que os direitos fundamentais sociais (...) objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação de desigualdades (...).<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.187.

<sup>167</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p.208-209.

O Estado social, assim, seria aquele que possui esse princípio (igualdade material) como meta a ser alcançada por meio de leis ou por políticas públicas. Estaria relacionado ao suprimento de recursos suficientes para participarmos em igualdade no exercício de um direito. Na concepção dworkiniana esse princípio estaria ligado ao direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*). Neste caso o governo deve tratar as pessoas com igual atenção e respeito. Dworkin explica com um exemplo: “Se tenho dois filhos, e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento.”<sup>168</sup>

Para o autor, esse direito (*treatment as equal*) é o fundamental e o outro (*equal treatment*) é o derivado. Ao contrário dos conservadores e dos socialistas, os liberais, na sua concepção, estariam no meio, aplicando mais aquele princípio como justificativa de estar mais voltado à igualdade efetiva<sup>169</sup>. Aquele princípio de igualdade (*treatment as equal*) explicaria uma discriminação benéfica tendo como justificativa a justiça social, pois conforme Dworkin mesmo diz: “Às vezes, tratar as pessoas igualmente é a única maneira de tratá-las como iguais, mas às vezes não.”<sup>170</sup>

Na perspectiva habermasiana a igualdade material seria aquela que daria as condições efetivas para o sistema discursivo ideal de fala. A igualdade não estaria no conteúdo da norma, mas nos pressupostos do discurso que reproduz a norma. As pessoas tendo um mínimo de condições para ter uma existência digna, teriam capacidade igualmente livre de participação dos discursos. Dentro desse aspecto, Celso Antonio Bandeira de Mello, defendendo uma democracia substantiva, na qual tem em seu bojo a soberania popular,

<sup>168</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p.352.

<sup>169</sup> DWOKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p.350. Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípio*. p.285-287.

<sup>170</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p.284.

descreve três condições<sup>171</sup> para esta existir, que podem ser descritas como: a) desfrutar de um padrão econômico social acima da simples subsistência (desvinculando as pessoas da preocupação de sobrevivência); b) efetivo acesso à educação e cultura que alcancem, pelo menos, o nível de discernimento político possibilitando uma consciência real de cidadania; e c) efetivo acesso à informação por meio de um pluralismo de fontes diversificadas (com o objetivo de não ser manipulável pelos detentores dos veículos de comunicação de massa).<sup>172</sup>

Dentro da característica da igualdade material pode ser encontrada a igualdade de oportunidades<sup>173</sup>, que pode ser sintetizada como equalização dos pontos de partida, mas não dos pontos de chegada.<sup>174</sup> Derivado da igualdade material, esta igualdade garante uma liberdade real ou uma liberdade igual.<sup>175</sup> Dworkin a enquadra dentro de uma teoria distributiva<sup>176</sup>, defendendo uma igualdade de recurso em vez de bem-estar, que pode ser resumida como a primeira sendo aritmética e segunda geométrica. Rawls em sua teoria defende esse tipo de igualdade, propondo dois tipos de princípios fundamentais, conforme visto acima. O primeiro estaria relacionado mais a igualdade formal e o segundo a igualdade material, mas neste caso ao contrário de Dworkin, o primeiro seria fundamental e o segundo derivado. O segundo teria como objetivo satisfazer as necessidades básicas, para que os cidadãos tivessem condições de exercerem os direitos proclamados pelo primeiro princípio, mas somente sob condição de possibilidade de aplicação do primeiro princípio.<sup>177</sup>

A igualdade material, novo modo de interpretar o princípio da igualdade, surgiu como único meio de combater as discriminações sociais, pois as normas proibitivas

<sup>171</sup> O autor denomina as condições como mínimo de cultura política.

<sup>172</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: *Revista Trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, v. 15, jul. 1996, p.103.

<sup>173</sup> Cf. Kolm: “A idéia é que todas as pessoas devem receber suas dificuldades contemporâneas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 15, jul. 1996 chances iguais na vida, que elas usarão segundo seus desejos, força de vontade e outras capacidades”. (KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.294).

<sup>174</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

<sup>175</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. op. cit., p.430.

<sup>176</sup> Ver Dworkin em: *A virtude soberana: A Teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>177</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p.48-49.

não surtiram efeitos concretos. A igualdade em seu sentido aparente não foi capaz de enfrentar o preconceito racial. A igualdade deve ser, assim, tratada no seu sentido substancial, na qual faz parte a análise da realidade histórica de marginalização social. Nesse sentido é que existem as ações afirmativas, como instrumento necessário para trazer mais perto possível de uma igualdade concreta no exercício de direitos, de modo que, como propõe Dworkin, satisfaça as ambições de cada um.<sup>178</sup> Essa política pode ser enquadrada dentro de uma transformação democrática, na qual uma “democracia como governo do povo” se transforma numa “democracia como governo para o povo”.<sup>179</sup>

### **3.3 – O princípio da Igualdade X Princípio da Liberdade: As ações afirmativas são justas? Em que sentido pode ser lícita uma discriminação?**

Os princípios por serem normas diferentes das regras concorrem-se uns contra outros. Na aplicação dos princípios, no caso de aparente conflito, não se pode ponderar os princípios, conforme pensa Alexy, pois, desse modo, se estaria compreendendo os princípios como valores, e sendo assim o aplicador agiria subjetivamente de acordo com seu sistema de valores.<sup>180</sup> A resposta mais sensata seria a idéia de Dworkin de que todo caso possui uma resposta correta (*right answer*), dentro de sua concepção de integridade conforme visto acima. Marcelo Campos Gallupo demonstra, dentro de uma concepção habermasiana, que os princípio em conflito não se excluem, mas se excepcionam. Dentro de um discurso de

<sup>178</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p.287.

<sup>179</sup> BOBBIO, Noberto. op. cit., p. 38.

<sup>180</sup> Cf. Kohlberg (Apud GALUPPO, Marcelo C. op. cit. p.193): “Uma solução justa para um dilema moral é uma solução aceitável para todas as partes, cada qual considerada livre e igual e na suposição de que nenhuma saiba que papel viria assumir na situação (problemática)” (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.53) Cf. Galuppo: “Nas sociedades pluralistas, na qual muitas vezes competem em pé de igualdade argumentos e projetos de vida, a democracia só pode ser levada a sério se considerarmos que os princípios jurídicos são expressão dessa diversidade, e que por isso mesmo concorrem entre si em pé de igualdade, não podendo estabelecer, a priori, uma hierarquia entre eles” (GALUPPO, Marcelo C. Op. cit. p.197).

aplicação (adequabilidade para Klaus Günter) um dos princípios é colocado em segundo plano na aplicação de determinado caso concreto específico.<sup>181</sup>

Assim, dentro dessa concepção de conflito de princípios, como será que se daria a solução de um caso na qual o princípio da igualdade entrasse em conflito com o princípio da liberdade? Na aplicação da ação afirmativa o princípio da liberdade seria violado?

Veremos que esse conflito entre esses dois princípios é na verdade aparente. Todo mundo reconhece que a liberdade das pessoas que vivem num Estado Democrático é limitada, não podendo admitir uma concepção de liberdade como os anarquistas propõe. O princípio da liberdade fruto do surgimento do Estado Liberal, como os outros princípios que tutelam os indivíduos, desde o início serviu para defendê-los contra as ingerências que o Estado, pela voz da maioria dominante, poderia implicar. Ou seja, defendia-se a idéia de pleno desenvolvimento individual para todos, defendendo-se a igualdade de direitos. Nota-se que o princípio da liberdade não pode ser compreendido como princípio autônomo, mas que ela deve ser interpretada junto com o princípio da igualdade. O conflito seria somente aparente, porque na verdade os dois estão interligados de maneira que só existe liberdade se existir igualdade, bem como, só existe igualdade se existir liberdade. E mesmo que a liberdade fosse vista isoladamente, seguramente ficaria em segundo plano num conflito contra o princípio da igualdade. Dessa maneira, segundo Dworkin: “Nenhuma teoria que respeite os pressupostos fundamentais que definem esta cultura poderia subordinar a igualdade à liberdade, concebidas como ideais normativos, em hipótese alguma. Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder.”<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Cf. Habermas (Apud GALUPPO, Marcelo C. op.cit., p.190): “Como mostrado, a tarefa consiste muito mais em encontrara aquela, dentre as normas aplicáveis ‘prima facie’, que melhor se adapte, de todos os pontos de vista relevantes, à situação de aplicação descrita do modo mais completo (possível)”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p.317.

<sup>182</sup> Cf. Dworkin, tanto a igualdade e a liberdade podem entendidas de modo simples ou normativo. A liberdade, simplesmente, é entendida como ausência de restrição. Por outro lado, de modo normativo, a liberdade é entendida como a maneira como acreditamos que as pessoas deveriam ser livres. No que respeita a igualdade, esta é vista, de maneira simples, como equivalência ou identidade em uma dimensão específica. Já no seu



Com o surgimento do Estado Social, resposta ao socialismo difundido<sup>183</sup>, há uma passagem de uma idéia de democracia formal para a substancial.<sup>184</sup> Nessa concepção “o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos”.<sup>185</sup>

Com a mudança, tanto o princípio da liberdade e da igualdade ganharam substancialidade. O conflito entre os dois princípios só existiria se pensarmos na liberdade como formal e a igualdade como material, o que não é possível em virtude que a concepção normativa adotada vale, usando a concepção habermasiana, para todo Sistema de Direitos.

A Constituição Brasileira de 1988 adota esse paradigma jurídico, bastando observar os objetivos que estão nela inseridos, conforme é demonstrado pelo o artigo 3º. Surge uma nova idéia, segundo Carmen L. Antunes Rocha: “a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los.”<sup>186</sup> Os objetivos contidos na constituição obrigam que o Estado brasileiro atue de forma positiva com direção a uma democracia substancial, impedindo a marginalização que priva as pessoas do processo democrático tornando a democracia uma ilusão. Os direitos devem ser interpretados de acordo com os objetivos existentes na Carta Magna.<sup>187</sup> E é esta concepção normativa que garante a legitimidade das ações afirmativas, como meio capaz de

---

sentido normativo, a igualdade demonstra os aspectos em que as pessoas deveriam ser iguais, ou tratadas, por uma questão de justiça. É o sentido normativo que será o objeto do estudo dos Filósofos políticos, pois seriam eles que indicarão a concepção política adotada (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.167-168). Já defendendo o princípio da igualdade diz o autor: “Não podemos rejeitar completamente o princípio igualitário, porque é absurdo que o governo não demonstre consideração pela vida de seus cidadãos, e imoral que demonstre mais consideração pela vida de alguns do que pela dos outros”. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. p.172).

<sup>183</sup> Deve-se ter em conta que as idéias socialistas surgem como resposta à exploração de pessoas numa sociedade industrial pela ineficiência das garantias fundamentais (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. op. cit., p. 108-111).

<sup>184</sup> Cf. Rocha: “O grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou, nas últimas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica” (ROCHA, Carmen L. Antunes. op. cit., p.98).

<sup>185</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. p.169. A liberdade estaria, nesta concepção, de acordo com uma igualdade abstrata, de modo a conceber uma liberdade adequada. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. p.199).

<sup>186</sup> ROCHA, Carmen L. Antunes. op., cit. p.91.

<sup>187</sup> ROCHA, Carmen L. Antunes. op., cit.

impedir que o preconceito seja um obstáculo a se atingir esses objetivos. Dentro dessa idéia descreve Rocha: “Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente ineficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.”<sup>188</sup>

A extirpação das discriminações ilícitas pode ser encaixada dentro dos objetivos que garantem a legitimidade na aplicação de políticas afirmativas. A aplicação de uma sociedade justa e solidária impõe uma integração social de todas as minorias “by will”<sup>189</sup> por meio do princípio da tolerância proposto por Hoffe, como “o respeito das concepções e formas de comportamento dos demais em sua livre diferenciação”.<sup>190</sup> Numa sociedade pluralista o risco de ser permitido a imposição de modo de vida da maioria sobre a minoria, estaria na probabilidade de serem criadas sociedades alternativas dentro de determinada sociedade<sup>191</sup>.

Considerando que as ações afirmativas podem ser qualificadas como justas, a pergunta posterior seria quando elas seriam justas? Ou melhor, em que sentido seriam lícitas as discriminações positivas?

Quem nos dá a resposta é Celso Antonio Bandeira de Mello no seu livro conteúdo jurídico da igualdade<sup>192</sup>, na qual aponta quatro critérios que já foram analisados no capítulo 2, que, porém, vale por relevância citá-los resumidamente. O primeiro critério é o que designa que a discriminação não pode favorecer um indivíduo isoladamente. O segundo, diz que o traço discriminante deve estar na pessoa, coisa ou situação a ser discriminado. O terceiro, é

---

<sup>188</sup> Idem. p.92.

<sup>189</sup> Cf. Gabi Wucher as minorias “by force” se diferenciam da “by will” pelos seus objetivos. Aquelas buscam a assimilação e estas a integração. Assimilação seria um processo cultural de perda e substituição. Já integração é o processo pela quais os membros dos grupos minoritários vinculam-se aos majoritários no respeito e na igualdade, enquanto mantêm suas próprias identidades, costumes, línguas e outros aspectos de sua cultura. (WUCHER, Gabi. *Minorias: Proteção em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 52-54.

<sup>190</sup> HÖFFE, Otfried. *Estúdios sobre teoria del derecho y la justicia*. Petrópolis: Vozes, 1991, p.143.

<sup>191</sup> GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p.217.

<sup>192</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

requisito da justificativa racional dentro de uma adequabilidade ao caso concreto e o último o critério da correspondência com os valores constitucionais.

Dentro da perspectiva da discriminação racial, é notável que todos os critérios são preenchidos, deixando maior dúvida na adequabilidade da discriminação dentro de uma situação concreta. Aqui se impõe uma dúvida, na aplicação do sistema de cotas, da porcentagem a ser introduzida a título de reserva de vagas nas universidades para negros. Talvez a cota máxima seja buscada pela porcentagem de pessoas negras dentro de uma localização específica, mas isso não pode ser a regra. Em outros locais, por exemplo na Bahia, na qual os negros são a maioria numérica, foi adotado na Uneb o sistema de cotas, mas com um requisito a mais que é o de ter estudado todo o ensino médio em escola pública. A ação afirmativa, deste modo, deve ser especificamente analisada em cada situação concreta dentro de sua adequabilidade, dentro de um discurso de aplicação, conforme Habermas ensina, na qual o melhor argumento racional indique o melhor critério para aplicar uma ação afirmativa, sempre levando em conta o respeito a integridade do direito, defendido por Dworkin.

## **4 – Ação Afirmativa**

### **4.1 – Conceito e objetivo**

As ações afirmativas, diante da materialização da igualdade frente a grupos coletivos que sempre foram discriminados, são políticas públicas ou privadas que possuem como meta uma justiça social no sentido de integralizá-los de modo que se tenha uma verdadeira representação social como consequência de uma idêntica liberdade real<sup>193</sup> de

---

<sup>193</sup> Quero referir a uma igual mobilidade social.

condução das nossas ações dentro do conceito de cada um de vida *boa*. Evitando, assim, o risco da formação de uma sociedade alternativa dentro da original .<sup>194</sup>

Conforme Álvaro de Souza Cruz: “As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião patogenicidade física/psicológica, etc.”<sup>195</sup>

Sob uma perspectiva temporal Vilas-Bôas constrói sua concepção de ação afirmativa: “Ações Afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade.”<sup>196</sup>

Já Joaquim Barbosa Gomes caracteriza as ações afirmativas em dois espaços temporais: Uma antes dos finais dos anos 60 e outra depois desse período. A primeira é considerada por ele como um mero “encorajamento” pelo Estado para que as decisões em relação à educação e ao emprego levassem em consideração fatores como raça, cor, sexo, etc, com o objetivo de que essas áreas refletissem a representação social. Após, o final da década de 60 a idéia passou a ser composta pela realização da igualdade de oportunidades por meio de metas a serem atingidas.<sup>197</sup> Sintetizando sua definição, ele afirma que “(...) trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”.<sup>198</sup>

<sup>194</sup> GALUPPO, Marcelo C. op. cit., p. 217.

<sup>195</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p. 143.

<sup>196</sup> VILAS-BÔAS, Renata M. op. cit., p. 29.

<sup>197</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 39-40.

<sup>198</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 41.

É importante transcrever a definição de Carmen Lúcia Rocha, acerca da concretização do princípio jurídico da igualdade por meio das ações afirmativas:

Assim, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se sujeitam as minorias.<sup>199</sup>

Todas essas definições, acerca das ações afirmativas, são impregnadas por conteúdos que devem ser analisados, tais como os objetivos, a perenidade dessas políticas, as formas em que são expressas, os fundamentos em que são legitimadas e o seu enquadramento dentro de um princípio de igualdade.

O objetivo primordial seria combater a discriminação, que tem uma origem histórico-cultural, por meio da dissipação no imaginário coletivo de qualquer estigma que leve a um preconceito negativo e que, por fim, leve a uma discriminação ilícita. Essa dissipação dar-se-ia pela marca da exemplaridade, que no caso, a habitualidade dos negros ocupando posições sociais, que antes eram a eles impedidos de usufruírem, certamente transmitiriam.<sup>200</sup> Essa exemplaridade traria para os grupos denominados dominantes uma re-informação de que os negros fazem parte da sociedade em que vivem e que devem ser tratados com igualdade e

---

<sup>199</sup> ROCHA, Carmen L. Rocha. op. cit., p.88.

<sup>200</sup> Cf. Gomes: “(...) figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de introduzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher”. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 44.).

respeito.<sup>201</sup> Seria ingênuo entender que essa re-informação viria concomitante a aplicação das ações afirmativas. Na verdade essa assimilação poderá levar anos, pois as pessoas deverão se descontaminar das tradições discriminatórias arraigadas na sociedade. Somente gerações futuras estariam aptas a dissipar o estigma trazido pela história cultural. Por outro lado, essa exemplaridade traria para os negros um reconhecimento de sua capacidade retirando uma imagem de inferioridade, provocando, deste modo, uma auto-estima necessária para romper os obstáculos da discriminação.

Esse objetivo fundamental contém objetivos derivados. Um deles é a quebra do *status quo* existente entre grupo discriminado e grupo discriminador. Outro é a implantação de uma diversidade e maior representatividade dos negros nas atividades públicas e privadas. Por último uma maior competitividade e produtividade econômica para o país.<sup>202</sup>

Por detrás desse objetivo fundamental, ainda, existe um objetivo oculto que está em pleno acordo a uma sociedade democrática de direito. É aproximação do ideal de uma igualdade social<sup>203</sup> por uma aplicabilidade de uma tolerância aos modos de vida, reconhecendo, deste modo, que as pessoas são iguais porque são diferentes. A ação afirmativa seria um dos mais novos instrumentos de aplicabilidade da igualdade material. Instrumento, esse, em conformidade com uma nova forma de pensar o Estado democrático, isto é, no sentido que seja capaz de dar efetivo acesso de participação política, bem como igual oportunidade a todas as pessoas de buscarem seu próprio desenvolvimento pessoal.

No que se refere à perenidade desse sistema, a maioria dos autores propõem que as ações afirmativas possuem caráter temporário. Isso parece estar correto, pois não haveria razão para aplicabilidade de ações afirmativas se não existisse uma diferença notável entre dois grupos que não pudessem inferir uma discriminação ilícita. Mas o problema é saber até quando é possível aplicar as ações afirmativas? Ou melhor, até quando as ações afirmativas

---

<sup>201</sup> Para Cruz seria um corte estrutural na forma de pensar. (CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.134).

<sup>202</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 48.

<sup>203</sup> DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. p.358.

estariam de acordo como uma aplicação de uma igualdade material? Esse tempo parece ser impossível de ser mensurada abstratamente, principalmente, porque tudo depende das circunstâncias contingentes da realidade. Nos EUA as ações afirmativas, por exemplo, já possuem aplicação por mais de 30 anos e não há evidências de uma tendência de seu fim.

As ações afirmativas possuem várias formas em que são expressas, devendo serem enquadradas como quaisquer discriminações que tendem a integração dos grupos discriminados. Nesse sentido, aquelas não se referem, conforme descreve Cruz, a “escolas” ou “clientelismo”<sup>204</sup> como é caso de programas governamentais praticados no Brasil - como fome zero, vale gás, etc. – que, na realidade, tendem a integralizar ninguém.

As discriminações positivas mais aplicadas são as que utilizam quotas reservadas ou metas a serem buscadas, usando fatores como a raça nos processos de seleção. Em 1978 o Juiz da Suprema Corte dos EUA, Powell, declarou inconstitucional, no caso *Bakke v. Universidade da Califórnia*<sup>205</sup>, o uso explícito de quotas reservadas porque a escola não demonstrou que esses meios eram necessários para realizar os seus objetivos, ou seja, não provou a sua adequabilidade<sup>206</sup>. Conforme assevera Dworkin, esta decisão nada é mais que hipócrita, pois uma forma não tão expressa, como as metas, também possui os mesmos efeitos.<sup>207</sup>

As ações afirmativas possuem diferentes teorias que tentam fundamentar sua aplicação. As duas principais são as compensatórias e as re-distributivas.

A compensatória estaria ligada ao passado, como uma forma restauradora do equilíbrio existente antes da existência das discriminações. A teoria estaria centrada na idéia de corrigir as conseqüências causadas pela discriminação ocorrida no passado aos

<sup>204</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza op. cit., p.143.

<sup>205</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p.437-470.

<sup>206</sup> DWORKIN, Ronald *Uma Questão de Princípio*. p.455.

<sup>207</sup> Idem., p.441.

antepassados das pessoas pertencentes aos grupos que atualmente se inserem.<sup>208</sup> O problema surge quando enquadrarmos esta teoria dentro de uma perspectiva jurídica, pois é sabido que somente quem sofre diretamente um dano possui legitimidade para propor sua reparação, bem como, só podem ser responsabilizados as pessoas que diretamente provocaram o dano por um ato seu.

No que diz respeito à teoria re-distributiva<sup>209</sup>, está baseada na concepção de justiça distributiva, na qual os bens sociais devem ser distribuídos igualmente.<sup>210</sup> Por ter existido uma discriminação que privou os grupos discriminados a atingirem uma evolução social, a re-distribuição é necessária para que essas pessoas ocupem os lugares sociais que conseguiriam se não fossem monopolizados pelo grupo discriminador. Ao contrário da teoria compensatória, cujo fundamento é o passado, a teoria re-distributiva é baseada no presente e também futuro.

Álvaro Souza Cruz discorda da tese re-distributiva por existir nela um conteúdo utilitarista, pois o objetivo estaria no promover o bem-geral de todos, reduzindo as iniquidades entre os grupos, bem como, as tensões entre eles<sup>211</sup>. A fundamentação, para o autor, estaria na dignidade da pessoa humana e no pluralismo.

Por fim, cabe analisar o enquadramento das ações afirmativas dentro um princípio da igualdade. Dworkin descreve dois tipos de igualdade: direito a igual tratamento (*equal treatment*) e o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*). O primeiro está baseado numa igual distribuição de oportunidades, recursos e encargos (igualdade formal). O segundo estaria ligado ao mesmo tratamento com igual respeito e consideração (igualdade material).<sup>212</sup>

<sup>208</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.62.

<sup>209</sup> Divisão social de oportunidades.

<sup>210</sup> Cf. GOMES: A justiça distributiva “(...) diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza, e outros (...)”. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 66).

<sup>211</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.135-137.

<sup>212</sup> Esse é o sentido que deve ser interpretado da cláusula de igual proteção descrita pela 14ª emenda. “A cláusula não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas; ela lhes garante somente o tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões”. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. op. cit., p. 584).



Ele, a princípio, trabalha como uma concepção utilitarista, pois a segunda seria aplicada se o ganho geral ultrapassasse a perda da desigualdade. O problema desse tipo de pensar gerava apenas especulações nos casos dos negros, pois as preferências pessoais estavam normalmente contaminadas com preferências externas (discriminação). Indo em direção aos argumentos de ideal, e contra o utilitarismo, diz: “Os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade. Este argumento não nega a ninguém o direito de ser tratado como igual.”<sup>213</sup> Neste contexto ele difere decisões feitas de princípio e de política. Numa decisão de princípio alguém teria o direito de vencer uma ação se a lei estivesse do seu lado, mesmo que a sociedade no aspecto geral perdesse, e mesmo que estivesse a lei baseada em política.<sup>214</sup>

Na Constituição Brasileira, por meio da análise de suas normas, pode ser notado a correspondência com as ações afirmativas. Dentro daquele ideal descrito por Dworkin se observa que nosso preâmbulo possui como objetivo assegurar “(...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”.<sup>215</sup> O que poderia deixar pouco em dúvida é o inciso IV do artigo 3º que descreve, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. Entretanto este objetivo deve ser analisado junto como o princípio material da igualdade para que se possa chegar aos objetivos do preâmbulo.

Uma dúvida, por fim, que poderia chegar é se as ações afirmativas conseguiram atingir o seu fim pressuposto. Ou melhor, será que elas funcionam? Essa parte será analisada no âmbito da educação superior, na próxima parte desse capítulo.

---

<sup>213</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p.368.

<sup>214</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p.137.

<sup>215</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988.

## 4.2 – Ações Afirmativas nos EUA e no Brasil

A aplicação de políticas de discriminação positiva teve início de forma prática pela instituição do Decreto Executivo nº 11246/65 pelo Presidente Lyndon Johnson. Este decreto tinha como objetivo combater a discriminação indiretamente, pois as ações afirmativas, a princípio, só poderiam influenciar as entidades estatais. Por meio da denominada “*Spending Clause*” ou cláusula de dispêndio de recursos públicos, o Governo Federal, deste modo, só poderia contratar com entidades privadas que assumissem o compromisso de contratar mais pessoas de grupos discriminados dando-lhes, também, a possibilidade de desenvolverem-se. Ou seja, as entidades, como requisito para receber recursos públicos, eram obrigadas a aplicarem uma discriminação positiva em prol de algum grupo discriminado. Deste modo, uma universidade privada que quisesse receber recursos públicos – tendo em vista que o Governo Federal nos EUA sempre teve uma política de ajudar de ajudar as universidades de algum modo como entrega de livros, isenção de impostos, etc. – deveria aplicar políticas de discriminação positiva.<sup>216</sup>

Todas essas aplicações de ações afirmativas estavam somente legitimadas dentro das atuações públicas ou de interesse público constituindo a “*state action doctrine*”. O papel da Suprema Corte de mitigação dessa doutrina por meio da “publicização” de certas atividades consideradas privadas contribuiu enormemente para a maior abrangência das políticas afirmativas.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> No caso *NORWOOD v. HARRISON*, a Suprema Corte já decidiu contra entidade educacional, pois recebia como empréstimos livros didáticos por parte do governo federal. No mesmo sentido no caso *GROVE CITY COLLEGE v. BELL* a Suprema Corte decidiu que a entidade, apesar de optar em sustentar sua autonomia deveria aplicar ações afirmativas ou desistir do programa de bolsas de estudos, pois vários de seus alunos recebiam estas bolsas que eram financiadas pelo governo federal, assim, ficou entendido que a ajuda financeira dado aos alunos era indiretamente ajuda à entidade educacional. No caso *MCGLOTTEN v. CONNALLY* foi decidido que ou a entidade educacional aplica as ações afirmativas ou, neste caso, perderia as isenções fiscais. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.94-103).

<sup>217</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.84-90.

Entretanto essa política aparenta entrar em retrocesso principalmente pelo grande número de juízes conservadores que o compõem. O caso que maior explica isso é *Bakke v. Universidade da Califórnia*, pois pela voz do juiz Powell<sup>218</sup>, foi decidido que as discriminações positivas em relação aos negros deveriam passar pelo *strict scrutiny*<sup>219</sup>, diferentemente das outras discriminações.

Isso demonstra que há um grande grau de subjetivismo que paira nas decisões da Suprema Corte, pois não existe razão concreta para as discriminações positivas em relação às mulheres, por serem analisadas pelo *intermediate scrutiny*, serem mais fáceis do que a dos negros no sentido de serem deferidas. Esse escrutínio difere do estrito pelo grau de interesse, assim, para uma discriminação, que passe por um escrutínio intermediário, é preciso que tenham um interesse público importante; por outro lado, se a discriminação passa por um escrutínio estrito, é preciso, para justificá-la, um interesse que mais que importante é irresistível.<sup>220</sup>

Dworkin critica esse posicionamento da Suprema Corte, pois o escrutínio estrito só deveria se usado se estivesse relacionado, conforme interpretação anterior da Corte, a uma

<sup>218</sup> Cf. Dworkin: “Em 1978 o juiz Lewis Powell, em seu parecer no famoso veredicto da Suprema Corte no processo *Bakke*, decretou que as preferências raciais são permissíveis se sua finalidade for aumentar a diversidade racial entre alunos, e se não estipularem quotas fixas para as minorias, mas levarem em consideração a raça como um dos fatores dentre muitos”. (DWORKIN. *A Virtude Soberana*. p.581).

<sup>219</sup> Cf. Gomes: “(...) na Corte Suprema dos EUA a decisão de litígios se faz à luz de critérios ou «standards», ou «tests» prévia e discricionariamente formuladas pela Corte para cada tipo de matéria. Tais «standards» não tem assento na Constituição, são técnicas jurisdicionais criadas pela própria Corte. Assim, preliminarmente ao julgamento de mérito propriamente dito, os juízes decidem qual «tests» ou «standards» será aplicado no julgamento do caso”. Todas as discriminações nos EUA são consideradas suspeitas devendo, dessa maneira, passar pelos “standards” para serem admitidas. Existem três tipos de escrutínio: o fraco, o médio e o rigoroso. O fraco (*rational basis tests*) tem como requisito que a medida tomada é racionalmente relacionada com os propósitos governamentais. O médio (*intermediate scrutiny*) significa que a medida deve apresentar um significativo interesse governamental, bem como, uma relação substancial entre a medida e o interesse. O rigoroso (*strict scrutiny*) exige que a medida esteja fundada num interesse governamental imperativo (*a compelling governmental interest*), bem como, que a medida seja estritamente adequada para sua persecução. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p.106-107).

<sup>220</sup> Firmou-se a jurisprudência que a discriminação racial só seria permitida se a instituição estadual fosse parte responsável ativa ou passiva dos efeitos das discriminações produzidas no passado. Dworkin descreve uma decisão da juíza O'Connor no caso *Richmond* no mesmo sentido: “(...) só poderia declarar “irresistível” na retificação das consequências de longa duração da discriminação passada se ela própria tivesse sido autora da injustiça, diretamente, por suas próprias práticas segregacionistas ou “como participante passiva” em um sistema de exclusão racial praticado por elementos da construção civil local, (...)”. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. p.590-591).

discriminação a grupos que “está dominada por tais incapacidades, ou sujeita a uma história de tratamento desigual proposital, ou relegada a uma posição de impotência política que exige proteção extraordinária do processo político majoritário”.<sup>221</sup> Desse modo, segundo Dworkin: “Os planos de ação afirmativa parecem fazer jus ao escrutínio frouxo, pois, embora usem classificações raciais, o grupo que mais prejudicam – os candidatos brancos a faculdades e universidades – não constitui uma “classe suspeita”, isto é, uma classe que seja vítima de preconceito.”<sup>222</sup> O receio que as medidas afirmativas promovam a discriminação dentro de um aspecto preconceituoso – fora da legitimação da cláusula de igual proteção, disfarçada de benigna, não justifica esse enquadramento no escrutínio estrito no que se refere às classificações raciais. Para o autor seria melhor a verificação caso a caso das ações afirmativas, mesmo perdendo previsibilidade, e dessa maneira, agilidade nas decisões.<sup>223</sup>

Já ao contrário dos EUA que já tem quase 40 anos de políticas afirmativas, o Brasil anda ainda tímido em implementá-las. Entretanto existem algumas aplicações, nesse sentido, que merecem consideração.

No caso das mulheres existem exemplos de políticas para garantir a presença das mulheres nas ocupações que sempre pertenceram ao sexo masculino. A Lei 9504/97 em seu artigo 107, §3º, trata de reserva de cotas de um mínimo de 30% ao máximo de 70% para pessoas do mesmo sexo dentro dos partidos políticos. Seu objetivo era abrir as portas de uma participação feminina na política, embora não tenha gerado efeitos satisfatórios.

No que se refere ao campo comercial, pode ser citado o art. 170 da Constituição que garante tratamento favorecido as empresa de pequeno porte. Isso é importante no sentido de dar todas as chances necessárias para crescerem e desenvolverem, o que com certeza não ocorreria se tivessem que competir com as grande empresas.

---

<sup>221</sup> Trecho proferido por Powell no caso *S. Antonio Independent School District v. Rodriguez*. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. p.586).

<sup>222</sup> *Idem.*, p. 587.

<sup>223</sup> *Idem.*, p. 584-591.

Em relação aos negros, existem tentativas em sua aplicação, como o projeto de Lei 4370, de iniciativa do deputado federal Paulo Paim, que promove cotas para negros no sistema televisivo. Entretanto, as ações afirmativas manifestam-se ainda de forma embrionária, não existindo nenhuma política de integração a vista por parte do governo federal. Existem ações afirmativas que estão em vigor em algumas universidades – implementadas por elas mesmas - que serão analisadas na próxima parte desse capítulo.

Mas é em relação aos deficientes em que o Brasil mais se empenhou em praticar discriminações reversivas. A Lei 7853/89, é o cerne de toda atuação positiva em prol da integração social, pois contém princípios como isonomia de oportunidades e tratamento, de justiça social, do respeito à dignidade e do bem-estar. A Lei Federal nº 8112/90 que regulamenta o inciso VIII do artigo 37 do texto constitucional reserva 20% dos cargos e empregos públicos para deficientes. Já a Lei 8213/91, no seu artigo 93, dispõe que empresas com mais ou igual a 100 empregados deverão reservar de 2% a 5% para pessoas deficientes. Também, no mesmo sentido, é o direito de acesso (Lei 10098/2000) que reestruturou as políticas urbanísticas para que promovam o acesso das pessoas deficientes, conforme a Constituição (art. 221, inciso IV e art. 227, §2º). Existe no Estado do Paraná a Lei 13132/2001 que obriga a criação de assentos especiais para pessoas obesas em espaços culturais e transporte coletivo. No Rio de Janeiro, a Lei 3050/1998 impede o governo contratar com empresas que não cumprem o artigo 93 da Lei 8213/91.

Não obstante, diante dessa situação, embora existam resquícios de aplicação de ações afirmativas no Brasil, comparado com a dos EUA, a medida é praticamente inexistente, o que nos coloca numa posição longínqua de um Estado democrático de direito.

#### 4.3 – As ações afirmativas em prol da integração das pessoas negras no ensino superior.

De todos os campos em que é necessário incidir os efeitos das ações afirmativas, o mais importante seria o campo universitário. O ensino superior é requisito essencial, atualmente, para abertura das portas das oportunidades e, desse modo, para o desenvolvimento pessoal de cada um. Em outra perspectiva é a dimensão que mais obsta a perseguição de uma melhor qualidade de vida, principalmente quando existe por trás uma discriminação e indiferença em relação a um grupo que vem sofrendo por séculos esses efeitos.

Os negros correspondem a 45,3% da população brasileira, constituindo os pretos e os pardos, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.<sup>224</sup> Segundo este a população brasileira se divide em vários grupos raciais, entre estes se encontram os pretos e os pardos.<sup>225</sup> Os pretos (6,2%) mais os pardos (39,1%) são considerados os negros<sup>226</sup>, pois como já foi visto acima, eles possuem características sócio-econômicas semelhantes e sofrem os mesmo tipos de discriminação.<sup>227</sup>

Mas a questão é saber quem são os pardos. Conforme Osório:

(...) a categoria parda é a dos mestiços, de qualquer tempo, resultante da miscigenação das outras quatro categorias raciais “puras” da

<sup>224</sup> CRUZ, Álvaro R. Souza. op. cit., p.108-109.

<sup>225</sup> Classificação racial clássica proposta pelo IBGE é dividida em branca, parda, preto, outros (amarelas e indígenas). Por mais que pareça ser artificial a classificação adotada, por meio de dados produzidos, verificou-se que mais da metade se auto-atribuiu espontaneamente uma dessas quatro classificações adotada em 1976. Em 1998 apareceram essas descrições apareceram em 70% das declarações, o mostra uma grande concordância com a classificação do IBGE. (OSÓRIO, Rafael Guerreiro. O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE. In: BERNADINO, Joaze; GALDINO, Daniela. (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.114-123.

<sup>226</sup> Cf. Osório: “Schwarcz (1987) mostra como em fins do século XIX os termos negro e preto eram usados em contextos bem distintos: negro era aplicado aos insubmissos, aos capoeiras e quilombolas, àqueles que se recusavam à dominação branca e à aderência ao ideal de branquitude imposto pela brasilidade; enquanto preto era reservado aos escravos e alforriados submissos, que se contentavam com a posição subalterna e se esforçavam para cruzar as portas do “mundo dos brancos”, a despeito das consequências apontadas por Fernandes (1972). (OSÓRIO, Rafael Guerreiro. op. cit., p. 123-124).

<sup>227</sup> Idem., p.114.

classificação. Todavia, devido às características da composição da população brasileira e da imigração ao longo da história, é lícito assumir que praticamente todos os pardos devem ter ao menos o branco e o preto como ascendentes, pois os índios foram sistematicamente exterminados e empurrados para as fronteiras do território nacional, e a imigração asiática foi extremamente concentrada em determinadas áreas.<sup>228</sup>

O que ele quer dizer é que devido a uma quantidade irrisória de miscigenação entre pessoas indígenas e asiáticas, os pardos são os mestiços nascidos de pessoas brancas e pretas. Ou melhor, situando dentro da característica brasileira de discriminação por “marca”, pardos são pessoas que possuem alguns traços daquelas consideradas pretas e que podem induzir a um preconceito racial. O problema está quando a pessoa está entre a linha divisória entre branca e parda.

Não obstante corresponderem quase metade da população brasileira, por causa de discriminações sofridas, os negros possuem maior taxa de analfabetismo e de menor renda se os compararmos com os considerados brancos.

Na análise do economista Ricardo Henriques (IPEA) os brancos representam 85% do segmento mais rico e 30 % do segmento mais pobre da população. Já os negros correspondem a 15% do segmento mais rico e 70% do segmento mais pobre da população.<sup>229</sup> Em relação ao analfabetismo, ficou demonstrado em 1999 que o índice de analfabetismo, na faixa etária acima de 15 anos, era de 19,8% para os negros e de 8,3% para os brancos.<sup>230</sup>

A representação econômica dos negros se mostra de forma desigual e, conforme o gráfico apresentado na folha 25 deste trabalho, não apresenta sinais de mudança desde 1976. O aspecto econômico se liga de forma indireta a discriminação, pois os negros sempre foram privados de seu próprio desenvolvimento pessoal e econômico, preenchendo latentemente a

---

<sup>228</sup> Idem., p.124.

<sup>229</sup> Extraído da PNAD em 1999. GALDINO, Daniela; PEREIRA, Larissa Santos. op. cit., p.157.

<sup>230</sup> Idem., p.163.

camada mais pobre da sociedade. Assim, essa representação nada mais é que um dos efeitos das discriminações passadas. Hoje, o aspecto econômico se torna fonte auxiliar de discriminação, porque com a queda de qualidade do ensino médio público, a tarefa de exercer uma educação superior pública tornou-se mais um grande obstáculo para a integração social.

A grande taxa de analfabetismo também é um efeito da discriminação e ao mesmo tempo fonte. Delcele Mascarenhas Queiroz evidencia que a discriminação ilícita já se inicia no período escolar interiorizando uma imagem negativa do grupo em que a criança se enquadra. Essa interiorização está baseada em tratamento mais afetivo às pessoas brancas e pela falta da cultura negra nos ensinamentos de aula, levando às crianças negras a se colocar fora da sociedade.<sup>231</sup> Essa discriminação leva à sua exclusão do sistema educacional por sua saída antes do término do ensino médio, fechando suas portas para qualquer tipo de sucesso profissional, político e pessoal.

Quando, porém, conseguem driblar os obstáculos da falta de recurso e da discriminação escolar, os negros acabam escolhendo entre os cursos oferecidos nas universidades os de menor prestígio. Isto é uma lógica perversa, pois está vinculada objetivamente a qualidade de ensino das escolas que pôde freqüentar, bem como uma interiorização negativa deles mesmos.<sup>232</sup>

Deste modo, quando se fala de ação afirmativa, pretende-se o reequilíbrio das igualdades, não somente, ampliando a participação dos negros, mas também reforçando a presença destes naqueles cursos que são de alto prestígio. Deve-se desse modo, assegurar às pessoas a liberdade concreta de escolha de que curso deseja freqüentar, dando a cada um, a possibilidade de perseguição de sua concepção de bem-estar.

---

<sup>231</sup> Cf. Queiroz: “Nesse processo vão construindo a idéia de que há diferentes lugares sociais para negros em brancos. Na medida em que a escola vai, através das práticas racistas, condicionando a criança negra ao fracasso, à submissão e ao medo, no mesmo movimento leva a criança branca a cristalizar um sentimento de superioridade, já que a todo tempo ela está sendo convencida disso” (QUEIROZ, Delcele M. O negro. Seu acesso ao ensino superior e as ações afirmativas no Brasil. In: BERNADINO, Joaze; GALDINO, Daniela. *Levando a raça a sério*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.142).

<sup>232</sup> Ver anexos.



Conforme relatado por Ronald Dworkin em *A virtude soberana*, 2005, p.558, retirado do livro *The Shape of de River*, “embora o diploma de uma faculdade seleta não garanta uma carreira bem-sucedida, pode abrir portas, ajudar os candidatos negros a superar qualquer estereótipo negativo no qual alguns empregadores ainda se baseiam e gerar oportunidades que, do contrário, não estariam disponíveis”.<sup>233</sup>

Uma das universidades pioneiras em promover políticas afirmativas é a Universidade do Estado da Bahia (UneB). Esta universidade em 2002 reservou 40% das vagas para negros, mas por ter uma população de quase 75% de negros criou um requisito a mais que é ter cursado todo o ensino médio em escola pública.<sup>234</sup> Mas se poderia pensar: para que ação afirmativa já que a minoria em questão é a classe branca? A resposta é que mesmo sendo maioria, isto não garantiu que os negros correspondessem dessa mesma forma na universidade. A partir de dados coletados da UFBA em 1999, se observou que a 62% dos brancos ocupavam os cargos de maior prestígio, quando, neste caso, a população negra existente no Estado da Bahia soma uma porcentagem de 77%.<sup>235</sup>

Diante das ações afirmativas surgem críticas baseadas em teorias que são falaciosas. Uma teoria é que os negros não teriam como acompanhar o ensino ministrado o que acabaria forçando a diminuição da qualidade nas universidades públicas. Entretanto essa teoria pode ser rebatida pelos próprios dados trazidos pela UneB. Wilson Mattos demonstra por dados matemáticos que os estudantes negros evadiram 50% menos do que os brancos, destruindo a tese de que eles não teriam capacidade de acompanhamento.<sup>236</sup> No que se refere à diminuição da qualidade da universidade isto não ocorreria, pois existe um mínimo de corte

<sup>233</sup> BOWEN, William G; BOK, Dereck. *The Shape of de River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p.130.

<sup>234</sup> MATTOS, Wilson Roberto de. Inclusão social e igualdade racial no ensino superior baiano – uma experiência de ação afirmativa na Universidade. In: BERNADINO, Joaze; GALDINO, Daniela. (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação Afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

<sup>235</sup> Ver anexos.

<sup>236</sup> MATTOS, Wilson Roberto de. op cit., p. 193.

para que alguém possa ser classificado<sup>237</sup> e, no momento seguinte, ser convocado. Do mesmo modo, o grande número de candidatos e o pequeno número de vagas, também, garantem a qualidade dos estudantes selecionados.

Nos EUA muitas teorias críticas foram montadas, nos últimos 30 anos de práticas afirmativas, como a que diz que as ações afirmativas, em vez de ajudar a diminuir as tensões sociais, aumentariam, pois os negros cotistas seriam discriminados por não terem classificado por seu próprio mérito, e também por ter perpetuado a sua inferioridade, não atingindo, assim, nenhum de seus objetivos. Também que os negros não teriam como frequentar as instituições superiores por não estarem qualificados e que mesmo que traga bom resultados para a comunidade não seria justa com os candidatos que não foram convocados e que poderiam ser se não existisse essa política.

Dworkin analisando o trabalho estatístico de dois ex-reitores americanos, chamado *The Shape of the River*, demonstra, ao contrário do que os críticos podem pensar, o sucesso dessa política adotada. O trabalho que serve de base corresponde a dados abrangentes e ao mesmo tempo aprofundado, tentando chegar ao mais perto possível de uma demonstração real das conseqüências da adoção dessas políticas, de graduados matriculados nas universidades mais seletas no período de 1951, 1976 e 1989.<sup>238</sup>

O trabalho demonstrou que apesar de grupalmente os negros possuem notas um pouco mais baixas que os brancos nas universidades, no SAT<sup>239</sup> aqueles mantiveram uma média maior em relação a todos os participantes. Demonstrou também que a evasão de negros apesar de ser mais alta, em relação aos brancos está evasão é tão alto que não poderia ser um problema. Dworkin cita que entre os negros existem fatores como pobreza que podem ajudar a

---

<sup>237</sup> Na UneB classificou-se o candidato na segunda etapa que teve rendimento mínimo igual ou superior a ½ desvio padrão inferior a média aritmética dos totais de pontos obtidos pelo concorrente de mesmo curso. Na primeira etapa o ponto de corte era um desvio abaixo das médias dos scores na prova de Língua Portuguesa, Literatura e Redação. (Idem., p.205).

<sup>238</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberna.*, p.546.

<sup>239</sup> Exame parecido com o vestibular aqui no Brasil.

evasão, mas em comparação às escolas mais seletas este tipo de problema é diminuído, talvez por terem mais recursos que em relação a outras universidades. Além disso, ele retrata que a maioria dos negros freqüentadores de escolas exigentes não descreve, no período de estudo, nenhum constrangimento ou arrependimento.<sup>240</sup>

O estudo também verificou que aumentou a renda dos negros que freqüentaram as universidades seletas, bem como a interação entre os dois grupos, refutando qualquer fonte de segregacionismo racial.<sup>241</sup>

Em relação de ser injusta, Dworkin defende o aspecto material da igualdade e por meio do trabalho estatístico relatado descreve que a probabilidade de admissão de uma pessoa branca, se fosse adotada a política racial neutra, subiria um pouco mais de 1%, sendo, desse modo, insignificante.<sup>242</sup>

Dworkin admite que há um preço a ser pago nas implantações das ações afirmativas, tanto para o branco – que ficam decepcionados – tanto para o negro – que pode sentir como pessoa incapaz, mas o preço, segundo ele, moral e pratico é mais alto se forem proibidas.<sup>243</sup> Concluindo: “A ação afirmativa nas universidades, desse modo, não transforma em mais artificial a estrutura econômica e social da comunidade, porém em menos artificial; não produz a balcanização, mas ajuda a dissolver a balcanização que hoje, infelizmente, está em vigor.”<sup>244</sup>

A ação afirmativa, mais que objetivar uma sociedade mais justa socialmente, visa a combater a discriminação racial arraigado culturalmente na sociedade, cujo caráter é de natureza urgente, principalmente por causa de seus efeitos nefastos. Conforme cita Dworkin: “A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da

---

<sup>240</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p.543-557.

<sup>241</sup> Idem., p.557-568.

<sup>242</sup> Idem., p.568.

<sup>243</sup> Idem., p.579.

<sup>244</sup> Idem., p.607.

vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar.”<sup>245</sup>

### **Considerações finais**

As ações afirmativas são políticas justas porque promove uma maior integração social dos negros – em consonância a um paradigma democrático – devendo possuir, estes, o mesmo direito de serem respeitados em relação aos outros. Diferenciam-se das “esmolas” praticadas pelo governo que não possuem o objetivo de uma integração. São justas no sentido empregado por Habermas, por promover uma maior integração política dos negros de modo que possam participar do processo discursivo, e desta forma, possam contribuir para formar as concepções éticas, junto com os outros grupos, de uma sociedade democrática. São justas no sentido empregado Rawls de garantir a mesma oportunidade de sucesso aos grupos menos privilegiados. São justas no sentido proposto por Walzer de garantir um estado de tolerância entre as culturas e de garantir intactas as esferas de justiça.

São essas políticas discriminações lícitas, apesar da palavra discriminação possuir conotação negativa, tendo por vista que, usando os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>246</sup>, essas discriminações: a) não se referem apenas a um sujeito, mas a um grupo de sujeitos com as mesmas características, sendo fundamentadas pelo princípio da igualdade em seu sentido material; b) se referem a um estigma relacionado com a raça desse grupo; c) possuem uma correlação lógica entre a implantação das ações afirmativas e as discriminações existentes que já possuem anos de duração e que não se consegue desvencilhar; e d) estão

---

<sup>245</sup> Idem., p.577.

<sup>246</sup> Ver nesse trabalho p.15-16.

relacionadas com os valores adotadas por nossa Carta Magna de uma busca por uma justiça social.

Elas possuem o objetivo primordial de excluir as discriminações ilícitas em que os negros são vítimas e que, por sua vez, são frutos de critérios injustificados que advém de preconceitos negativos, que, por sua vez, são frutos de estigmas (estereótipos somado a uma qualificação), cujo conteúdo foi formado com o tempo por meio de valores históricos-culturais que foram passados de geração a geração dentro de certa sociedade.

Essas políticas públicas surgem como a opção mais efetiva para extirpar qualquer forma de discriminação ilícita, mesmo aquelas que estão arraigadas culturalmente na sociedade. Desse modo, não se pode conceber apenas uma atuação estatal por meio de normas proibitivas, porque isto é defender uma igualdade apenas do tipo formal.

O preconceito racial existente no Brasil, apesar de ser mascarado, existe com suas peculiaridades, possuindo os mesmos efeitos negativos de alocar os negros à margem de qualquer sociedade. Em relação aos EUA que possui décadas de utilização das ações afirmativas, estamos apenas começando a adotar esses tipos de políticas, o que gera uma esperança aos negros de mudança do *status quo*, mas que pode virar frustração se não acolhida e, desse modo, provocando um aumento do sentimento de inferioridade.

A base de aplicação dessas políticas está centrada no princípio da igualdade, um dos princípios fundamentais da democracia e componente do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da igualdade não pode, entretanto, ser compreendido formalmente, mas, sim, concretamente gerando uma possibilidade de igual exercício de direitos. Essa é a intenção da Constituição brasileira, que por meio de seus objetivos nos mostra a aplicação desta concepção de igualdade como legitimação. Esse princípio não deve ser visto em conflito com o princípio da liberdade, pois dentro de um paradigma democrático este princípio é derivado do princípio da igualdade, não devendo ser tratada sem esta. Isto não quer dizer que

o princípio da igualdade se encontre numa posição mais alta em hierarquia comparada com o da liberdade, isto quer dizer, porém, que o princípio da igualdade deságua seu conteúdo nos outros princípios concebidos, inclusive em relação ao princípio da liberdade.

Desta maneira, a prova da discriminação pode ser feita por dados estatísticos, pois seria um formalismo extremo defender a discriminação somente pela comprovação de dolo ou culpa. A estatística consegue comprovar a desigualdade de conteúdo existente, quando notável, num local quando os dados mostram uma notável diferenciação de tratamento.

Entre as teorias de fundamentação, a melhor seria aquela que não estaria nem ligada à teoria compensatória nem a re-distributiva. No primeiro caso as partes seriam ilegítimas para adquirirem direitos discriminatórios. Já no segundo existe em parte uma conotação utilitarista de trazer um maior benefício social. Assim, seria melhor adotar a concepção de Álvaro R. Souza Cruz<sup>247</sup> que traz como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o pluralismo existente na sociedade, pois a tolerância entre os grupos estaria em aceitar que os negros tenham iguais oportunidades de sucesso em relação a qualquer outra pessoa.

Em relação às universidades, essas discriminações positivas possuem um grau de importância mais elevado, pois estas normalmente são a chave de um sucesso profissional e de vida, gerando a capacidade de fruir ou empregar a busca de seus próprios interesses. Isto é possível devido ao efeito distributivo que são geradas em virtude da aplicação desses tipos de políticas. É por meio das ações afirmativas que se poderá re-locar os negros que convivem na sociedade, de modo que as posições sociais sejam abertas para todos e, deste modo, mais equitativo entre toda população. Consequentemente; é por meio de exemplos reais existentes que ocorrerá a extinção desse estigma e de toda discriminação existente entre esse grupo.

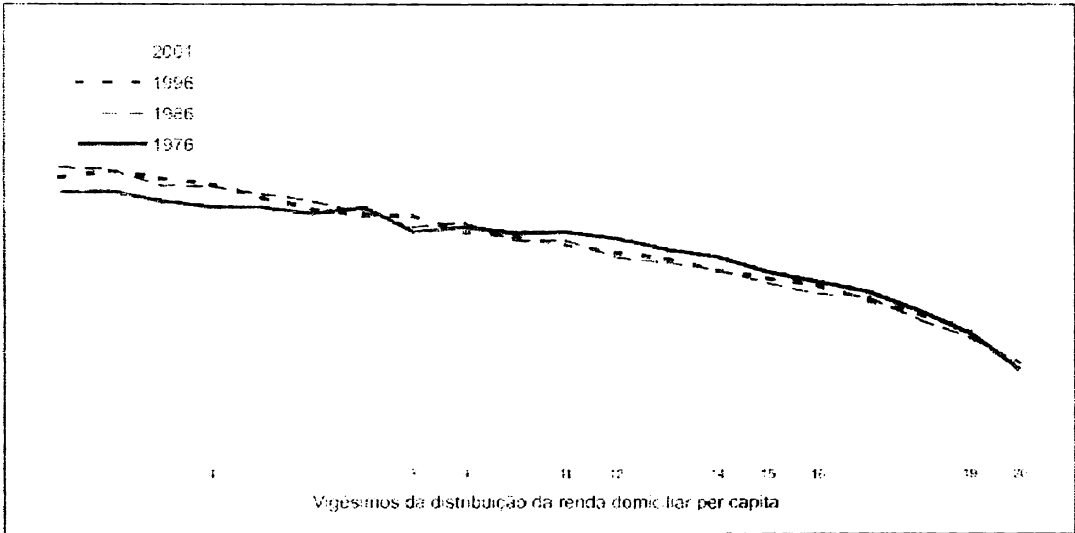
---

<sup>247</sup> Ver nesse trabalho p. 42.

As ações afirmativas como foi visto não possuem como objetivo provocar tensões sociais, elas na verdade são planos de longo prazo com intuito de evitar tais tensões. O risco de serem criadas sociedades alternativas, constitui a principal prova que vale a pena adotar tais medidas, mesmo que presentemente cause um pouco de constrangimento. Por isso as pessoas devem ser informadas corretamente dos objetivos das ações afirmativas, bem como, de seu fundamento. Se fosse possível evitar tudo bem, mas não existe outro jeito de integrar os negros na sociedade e isto é um fato que vem de muitos anos.

ANEXOS:

*Gráfico 1. Sobre e sub-representação da população negra em estratos de pobreza relativa definidos pela renda domiciliar per capita. Brasil, 1976, 1986, 1996 e 2001*



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 1976, 1986, 1996 e 2001.  
Nota: Elaboração Disoc/Ipea.

**Tabela 2. Demonstra a participação percentual dos negros no conjunto da população do Estado e sua presença na universidade (Dados retirados a partir de pesquisa realizada em 1997)<sup>248</sup>.**

Estado	População	Universidade	Estudantes
Rio de Janeiro	38,2	UFRJ	20,3
Paraná	22,4	UFPR	8,6
Maranhão	75,1	UFMA	42,8
Bahia	77,5	UFBA	42,6
Distrito Federal	53,6	UnB	32,3

<sup>248</sup> Retirado de QUEIROZ, Delcele M. op. cit., p.153-156.



**Tabela 3. Demonstra a distribuição percentual dos estudantes em curso de alto prestígio segundo a cor (Dados retirados a partir de pesquisa realizada em 1997)<sup>249</sup>.**

	UFRJ	UFPR	UFMA	UFBA	UnB
<b>Branca</b>	<b>82,5</b>	<b>87,6</b>	<b>52,8</b>	<b>62,1</b>	<b>69</b>
<b>Parda</b>	<b>12,7</b>	<b>6,6</b>	<b>30,9</b>	<b>28,6</b>	<b>28</b>
<b>Preta</b>	<b>1,8</b>	<b>0,4</b>	<b>6,7</b>	<b>4,7</b>	<b>-</b>
<b>Amarela</b>	<b>1,5</b>	<b>5,0</b>	<b>5,1</b>	<b>2,1</b>	<b>1,9</b>
<b>Indígena</b>	<b>1,5</b>	<b>0,3</b>	<b>4,5</b>	<b>2,5</b>	<b>0,9</b>
<b>Total</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

<sup>249</sup> Retirado de QUEIROZ, Delcele M. op. cit., p.153-156.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é justiça: Uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 1995.

BASTOS, Celso Riberio. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Bibliografia: p.186-198.

BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994. Bibliografia: p.383-419.

BERNADINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Orgs.). *Levando a raça a sério: Ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça: Apontamentos para a História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. Bibliografia: p.33-71; p.207-228.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997. Bibliografia: p.37-48.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Bibliografia: p.564-577.

BONELLA, Alcino Eduardo. Justiça com equidade e utilitarismo. *Revista Educação & Filosofia*. Uberlândia: v. 12, n. 23, jan./jun. 1998.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na Jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio. RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTR, 2000.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Bibliografia: p.380-433.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Bibliografia: p.75-139.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. Bibliografia: p.46-60.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DELGADO, Maurício Goldinho. Proteções contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio. RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTR, 2000.

DWORKIN, Ronald. *A virtude Soberana: A Teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Bibliografia: p.340-370.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, [entre 1988 e 2005].

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: Renovar, 2001.

HÖFFE, Otfried. *Estúdios sobre teoria del derecho y la justicia*. Petrópolis: Vozes, 1991. Bibliografia: p.135-152.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Bibliografia: p.1-25.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Bibliografia: p.294-296 .

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Bibliografia: p.42-53.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 15, p. 100-111, jul. 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003. Bibliografia: p.105-147.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT. 2004.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade complexa. In: SOUZA, Jessé. (Org.). *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001. Bibliografia: p. 329-363.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Bibliografia: p.210-216.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto alegre: Livraria do advogado, 1999. Bibliografia: p.71-96.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. Bibliografia: p.45-90.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 15, p. 85-99, jul. 1996.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WUCHER, Gabi. *Minorias: Proteção em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. Bibliografia: p.51-66.